# FREIE RECHTSFINDUNG
# UND METHODIK
# DER RECHTSANWENDUNG

Rüdiger Lautmann

1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544724_0050

# FREIE RECHTSFINDUNG UND METHODIK DER RECHTSANWENDUNG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg

vorgelegt von

Rüdiger Lautmann
aus Koblenz

1 9 6 7

Dissertations-Druckerei Charlotte Schön, München 23, Belgradstr. 11, Tel. 361402

Referent: Professor Dr. Maximilian Ronke

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Februar 1967

Promotion 20. April 1967

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

M E I N E R  M U T T E R

FRAU SIBYLLE LAUTMANN GEB. FISCHER

# INHALTSVERZEICHNIS


| | Seite |
|---|---|
| Schrifttum | VII |
| Vorbemerkungen | XXVII |
| 1. Hauptteil: Das juristische Urteil (Zur Methodik der Rechtsfindung) | 1 |
| I. Abschnitt | |
| Vom Wesen des Rechtsstreits | 1 |
| A. Grundsätzliches zum Prozeß | 1 |
| B. Der Richter | 4 |
| II. Abschnitt | |
| Die Entscheidung des Richters | 6 |
| Allgemeines: 1. Psychologie und Methodologie | |
| 2. Begründungszwang 3. Wahrhaftigkeit der Methode | |
| 4. Methodologie = Lehre vom Inhalt der Entscheidungsgründe | |
| A. Der Vorgang | 8 |
| 1. Erfordernis einer generellen Norm | 8 |
| 2. Bearbeitung der vorgefundenen Norm | 9 |
| a) Auslegung | 9 |
| b) Logik | 10 |
| 3. Die Entscheidungsnorm | 12 |
| a) Begriff | 12 |
| b) Eugen Ehrlich | 14 |
| c) Das Schrifttum | 16 |
| d) Nutzen des Begriffs | 16 |
| B. Die Entscheidungsgrundlagen | 17 |
| Die Bezeichnung | |
| 1. Das positive Recht | 17 |
| a) Gesetz | 17 |
| Die Tragweite des Gesetzes | 19 |
| b) Gewohnheitsrecht und Gerichtsrecht | 24 |
| c) Rechtswissenschaft ? | 24 |
| 2. Außerrechtliche Entscheidungsgrundlagen | 25 |
| Notwendigkeit | |
| a) Gerechtigkeit | 27 |
| Ablehnung des Außerrechtlichen ? | |
| Seine Objektivität | |
| b) Billigkeit | 32 |
| c) Moral | 34 |

d) Sonstige Werte: 35
aa) Religion 35
bb) Aesthetik 35
cc) Kultur ? 36
e) Sitte 37
f) Sonstige Konventionalnormen 38
g) Lebensordnung 39
h) Interessen ? 44
i) Natur der Sache ? 44
k) Rechtsgefühl ? 46
C. Das Urteil 49

2. Hauptteil: Aus der Geschichte der Methodenlehre 51

I. Abschnitt
Die Freirechtslehre 51

A. Geschichte. Vertreter und Gegner 51
B. Theorie der Freirechtslehre 58
1. Das Bild des Richters 58
2. Das Gesetz bei der Rechtsfindung 59
a) Auslegung des Gesetzes 59
b) Abweichung vom Gesetz 60
3. Außerrechtliche Entscheidungsgrundlagen 63
Rechtsgefühl; 'soziologische Jurisprudenz'; Naturrecht und Weltanschauung
C. Niederlage und Erfolg der Freirechtslehre 68

II. Abschnitt
Die Interessen- und Wertungsjurisprudenz 72

A. Methode 72
B. Entwicklung 73
C. Kritik 74

3. Hauptteil: Rechtsfindung und positives Recht 76

I. Abschnitt
Der Richter folgt dem positiven Recht 76

Bedeutung des Gesetzes
Die Radikalisierung in der Literatur

Einzelne Funktionen des Gesetzes: 79
1. Objektivität 2. Einflußnahme der Volksvertretung
3. Rascher Fortschritt 4. Arbeitserleichterung für den Richter

II. Abschnitt
Das Gerichts- (Urteils-, Richter-, ... -)recht 82

A. Fehlgebrauch des Begriffs 82
B. Das wirkliche Gerichtsrecht 83
Möglichkeit
Gründe der Entstehung:
1. Entscheidungsnorm 2. Gleichheit 3. Vorbild
4. Autorität und -?- Güte
Gegner und Anhänger des Gerichtsrechts
Gerichtsrecht ist kein Gewohnheitsrecht
Wirklichkeit, Notwendigkeit des Gerichtsrechts

III. Abschnitt
Unabhängigkeit des Richters vom positiven Recht 92

A. Lücken 93
AA. Systematische Darstellung 93
1. Begriff 93
2. Existenz von Lücken 94
3. Das Schweigen des Gesetzes als Grund zur Klagabweisung 98
4. Feststellung von Lücken 99
5. Vorkommen von Lücken 99
6. 'Ausfüllung' der Lücken 101
BB. Die Lückenlehre der Rechtswissenschaft 103
1. Möglichkeit von Lücken 103
Das Dogma von der Lückenlosigkeit
2. Feststellung von Lücken 106
3. Arten von Lücken 107
4. Ausfüllung 109
a) Zuständigkeit 109
b) Zulässigkeit 109
c) Art und Weise 110
B. Abweichung vom Gesetz 111
Zulässigkeit
Behandlung im Schrifttum
Erscheinungsformen

C. Die 'freie Rechtsfindung' 125
Schöpfer und Anhänger des Begriffs 126
Freie Rechtsfindung und Art. 1 schweizer. ZGB 128
Freirechtslehre 129
Insb. Kantorowicz 131
Das sog. freie Recht 131
Versagen Kantorowicz' und der Freirechtslehre 134
Mögliche Inhalte des Begriffs 'freie Rechtsfindung' 134
1. Freiheitlichkeit des Rechtsfindeverfahrens
Mißverständnis durch die hL.
Die wirklichen Wurzeln 136
2. Anwendung 'freien Rechts' 136
Gesetz und Freiheit 137
Richter und Freiheit 138
Freies Recht als außerrechtliche Entscheidungsgrundlagen 138
Freie Rechtsfindung - ein Fehlbegriff
Aus dem Schrifttum: 139
Ablehnung
Kritisches Verständnis 141

Zusammenfassung 142

# SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Im Text werden nur Name des Verfassers und Seite sowie Nummer des Werkes angeführt.

ADICKES, Franz
Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872

AFFOLTER, A.
Der Positivismus in der Rechtswissenschaft
in: Archiv für öffentliches Recht 12/23 - 43 (1897)

ALLEN, C.K.
Law in the Making, 5. Aufl., 1951

ARNDT, Adolf
1) Das Bild des Richters, 1957
2) Gesetzesrecht und Richterrecht
in: Neue Juristische Wochenschrift 1963/1273-1284

BECKER, Walter Gustav
1) Das Common Law als Methode der Rechtsfindung, 1952
2) Gegenopfer und Opferverwehrung, 1958

BEKKER, Ernst Immanuel
Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft, 1892

BELING, Ernst
Das Rechtsordnungssubjekt
in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (ARWP)
20/56-76 (1926/27)

BERBER, Friedrich
Lehrbuch des Völkerrechts, 1960

BERGBOHM, Karl
Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892

BEROLZHEIMER, Fritz
Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart
in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)
4/595 - 610 (1911)

BEYER, Wilhelm R.
Recht und Rechtsordnung, 1951

BIERLING, Ernst Rudolf
Juristische Prinzipienlehre, Band IV, 1911

BINDER, Julius
1) Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912
2) Philosophie des Rechts, 1925

BINDSCHEDLER, Rudolf L.
Zum Problem der Grundnorm
in: Festschrift für Verdross 67 - 76, 1960

BLOMEYER, Arwed
Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., 1957

BOEHMER, Gustav
Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II/1, 1951

BOZI, Alfred
Die Weltanschauung der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1911

BRIE, Siegfried
Billigkeit und Recht, 1909/10
in: ARSP 3/526 - 534

BRINKMANN, Karl
Grundlegung der Rechtsphilosophie, 1960

BRINZ, Alois
Buchbesprechung, 1873 (Besprechung von Adickes, vgl. o.)
in: Kritische Vierteljahresschrift 15/162 - 165

BRÜTT, Lorenz
Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907

BRÜGGEMANN, Dieter
Gesetzesrecht und Richterrecht
in: Juristische Rundschau 1963/162-174

BRUSIIN, Otto
Über das juristische Denken, 1951

BÜLOW, Oskar
1) Gesetz und Richteramt, 1885
2) Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht
in: Das Recht 1906/769-780

BURCKHARDT, Walther
Methode und System des Rechts, 1936

CARDOZO, Benjamin Nathan
1) Lebendiges Recht, 1949
2) Ausgewählte Schriften, 1957

COHN, Georg
Existenzialismus und Rechtswissenschaft, 1955

COING, Hellmuth
1) Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1950
2) Neue Strömungen in der nordamerikanischen Rechtsphilosophie
in: ARWP 38/536-576, 1949/50

COSACK, Konrad
Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1927

DAHM, Georg
1) Völkerrecht, 1958-61
2) Deutsches Recht, 2. Aufl., 1963

DANZ, Erich
1) Laienverstand und Rechtsprechung, 1898
(auch in: Iherings Jahrbücher 38/373-500)
2) Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz
in: Iherings Jahrbücher (IhJb) 54/1-82, 1909
3) Rückständigkeit der Rechtswissenschaft.
Richterrecht und Gesetzesrecht. Neue Rechtsprechung.
in: Deutsche Juristenzeitung (DJZ) 1911/565-570
4) Richterrecht, 1912
(auch in: Schriften des Vereines Recht und Wirtschaft,
1912/173-272)
5) Einführung in die Rechtsprechung, 1912
7) Fortschritte durch Erkenntnis der Lücken im Gesetze
in: DJZ 1914/7-13

DARMSTÄDTER, Friedrich
Recht und Rechtsordnung, 1925

DERNBURG, Heinrich
1) Pandekten, 4. Aufl., 1894
2) Pandekten, 5. Aufl., 1896
3) Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Band I,
3. Aufl., 1906

DROST, Heinrich
Grundlagen des Völkerrechts, 1936

DÜRINGER, Adelbert

1) Schreibjustiz und Richterkönigtum (= Bespr.)
in: Das Recht 1907/1027-1035, 1389 f.
2) Eine neue Methode der Rechtsprechung und Kritik
in: Das Recht 1908/258-265
3) Richter und Rechtsprechung, 1909
auch in: Festschrift für die Universität Leipzig 185-224
4) Zur Freirechtsfrage
in: ARWP III/583 (1909/10)
5) Um das Recht der Gegenwart
in: Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1911/109-121

DÜWEL, Peter

Rechtsbewußtsein und existenzielle Entscheidung. 1961
(Diss. Hamburg 1958)

EBENSTEIN, William

Die rechtsphilosophische Schule der reinen Rechtslehre, 1938

EHRLICH, Eugen

1) Über Lücken im Recht
in: Burians Juristische Blätter 17/447 ff. (1888)
2) Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903
3) Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts, 1907
4) Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913 und 1929
5) Juristische Logik
in: Archiv für die zivilistische Praxis (AcP) 115/125-439 (1918)
6) Separatdruck von 5), 1918 und 1925

ENGISCH, Karl

1) Die Idee der Konkretisierung, 1953
2) Der Begriff der Rechtslücke
in: Festschrift für Sauer 85-102, 1949
3) Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., 1956

ESSER, Josef

1) Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949
2) Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht
in: Juristenzeitung (JZ) 1953/521-526
3) Die Interpretation im Recht
in: Studium Generale 1954/372-379
4) Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956

ESSER, Josef
5) Zur Methodenlehre des Zivilrechts
in: Studium Generale 1959/97-107
6) Schuldrecht, 2. Aufl., 1960

FECHNER, Erich
Rechtsphilosophie, 1956

FRITZ, Robert
Aus dem amerikanischen Rechtsleben, 1930

FUCHS, Albert
Die Rechtsgeltung, 1933

FUCHS, Ernst
1) Schreibjustiz und Richterkönigtum, 1907
2) Schreibjustiz und Richterkönigtum (Erwiderung)
in: Das Recht 1907/1385-1389
3) Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, 1908
4) Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909
5) Juristischer Kulturkampf, 1912
6) Ihering und die Freirechtsbewegung
in: ARWP XII/10-23 (1918/19)
7) Fortschritte und Hemmungen der freirechtlichen Bewegung
in: Juristische Wochenschrift (JW) 1922/7-11

FUNKE, Gerhard
Ethos: Gewohnheit, Sitte, Sittlichkeit
in: ARWP 47/1-80 (1961)

GAREIS, Karl von
Rechts-Enzyklopädie und Methodologie,
5. Aufl. von Leopold Wenger, 1920

GASS, Ernst
Ursache, Grund und Bedeutung im Rechtsgeschehen, 1960

GEIGEL, Reinhart und Robert
Der Haftpflichtprozeß, 10. Aufl., 1961

GÉNY, François
1) Methode d'interprétation et des sources en droit privé positif, 1899,
2. Aufl. 1919
2) Science et technique en droit privé positif, 1913-1927

GERLAND, Heinrich
1) Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England, 1910
2) Probleme des englischen Rechtslebens, 1929
3) Englische Gerichtsverfassung
4) Englische Rechtsprobleme und die deutsche Zivilprozeßreform

GERMANN, Oskar Adolf
1) Auslegung und Freie Rechtsfindung, 1941
2) Grundlagen der Rechtswissenschaft, 1950
3) Präjudizien als Rechtsquellen, 1960

GIERKE, Otto
Deutsches Privatrecht, 1895 (1936)

GMELIN, Johann Georg
Quousque ?, 1910

GMÜR, Max
Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen ZGB, 1908

GOLDSCHMIDT, James
Gesetzesdämmerung
in: JW 1924/245-249, 343

GOODHART, A.L.
1) Precedent in English and continental law
in: Law Quarterly Review 50/40-65 (1934)
2) Einleitung zu Kantorowicz 8/ (1958)

GRAY, J.C.
Judicial Precedents
in: Harvard Law Review IX/27 ff. (1895)

GRÜNHUT, Max
Allgemeinverbindliche Richtersprüche
in: Judicium II/138-156 (1928/29)

GUGGENHEIM, Paul
Traité de Droit international public, 1953

HARTMANN, Nicolai
1) Ethik, 3. Aufl.
2) Zur Grundlegung der Ontologie, 3. Aufl., 1948

HATSCHEK, Julius
Englisches Staatsrecht, Band I, 1905

HAUEISEN, Fritz
Lücken im System des sozialgerichtlichen Rechtsschutzes
in: NJW 1963/321-326

HECK, Philipp
1) Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue
in: DJZ 10/1140-1142 (1905)
1a) Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen ?
in: DJZ 14/1457-1461 (1909)
2) Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912/1932
3) Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914
auch in: AcP 112/1-318
4) Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932
5) Interessenjurisprudenz, 1933
6) Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Recht gesondertes Handelsprivatrecht? in: AcP 92/438-466 (1902)
7) Die Reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft
in: AcP 122/173-194 (1924)
8) Das Urteil des Reichsgerichts vom 28.11.1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht
in: AcP 122/203-226 (1924)
9) Die Ausdehnung des § 817 Satz 2 auf alle Bereicherungsansprüche
in: AcP 124/1-68 (1925)
10) Nachruf für Max von Rümelin
in: AcP 134/257-285 (1931)
11) Rechtserneuerung und Juristische Methodenlehre, 1936

HECKEL, Hans
Recht und Gerechtigkeit, 1955

HEDEMANN, Justus Wilhelm
1) Zivilistische Rundschau 1906-1907
in: Archiv für bürgerliches Recht 31/287-438 (1908)
2) Zivilistische Rundschau 1908/09
in: Archiv für bürgerliches Recht 34/115-208 (1910)
3) Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1927
4) Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929

HEINSHEIMER, Karl
Lebendiges Recht, 1929

HELLWIG, Konrad
1) Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1909
2) System des deutschen Zivilprozeßrechts, Band I, 1912

HENLE, Rudolf
Treu und Glauben im Rechtsverkehr, 1912

HIRSCH, Ernst E.
Artikel "Rechtssoziologie"
in: W. Bernsdorf, F. Bülow (Hg.), Wörterbuch der Soziologie, 1955

HÖHN, Reinhard
Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, 1935

HOLD-FERNECK, Alexander
Der Staat als Übermensch, 1926

HOLMES, Oliver Wendell, jr.
1) The common law, 1881, 43. Aufl., 1949
2) The path of the law
in: Harvard Law Review 10/458-478 (1897)

HUBER, Eugen
Recht und Rechtsverwirklichung, 1921, 2. Aufl., 1925

HUSSERL, Gerhart
1) Rechtskraft und Rechtsgeltung, 1925
2) Recht und Zeit, 1955

IHERING, Rudolph von
1) Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4. Aufl., 1878
2) Scherz und Ernst, 8. Aufl.

ISAY, Hermann
1) Rechtsnorm und Entscheidung, 1929
2) Die Methode der Interessenjurisprudenz
in: AcP 137/33-46 (1933)

JELLINEK, Walther
Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913

JERUSALEM, Franz W.
1) Die Staatsgerichtbarkeit, 1930
2) Kritik an der Rechtswissenschaft, 1948

JORDAN
Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch
in: AcP 8/191-260 (1825)

JUNG, Erich
1) Von der logischen Geschlossenheit des Rechts
in: Gießener Festgabe für Dernburg, 1900
2) 'Positives' Recht, 1907
3) Das Problem des natürlichen Rechts, 1912
4) Positivismus, Freirechtslehre, neue Rechtsquellenlehre
in: Das Judentum in der Rechtswissenschaft, 1935
5) Subjektives und objektives Recht, 1939

KANIGS, Hanskarl
25 Jahre Freirechtsbewegung, 1932 (Diss. Erlangen)

KANTOROWICZ, Hermann U.
1) Gnaeus Flavius: Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906
2) Die Contra-legem-Fabel
in: DRiZ 1911/258-263
3) Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911
4) Iherings Bekehrung
in: DRiZ 1914/84-87
5) Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, 1925
6) Some Rationalism about Realism
in: Yale Law Journal 1934/1240 ff.
6a) Legal Science, A Summary of its Methodology
in: Columbia Law Review 28/679 ff. (1928)
deutsch in: 9/83-99
7) Tat und Schuld, 1933
8) The Definition of Law, 1958
9) Rechtswissenschaft und Soziologie, 1962

KARSTEDT, Peter
Rechtswert und positives Recht, 1957

KATZENSTEIN
Prozeßverhütung
in: Juristische Rundschau (JR) 1929/77-82

KAUFMANN, Erich
Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911

KELSEN, Hans
1) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911
2) Allgemeine Staatslehre
3) Was ist die Reine Rechtslehre ?
in: Festgabe für Giacometti 143-162 (1953)
4) Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960

KIRCHMANN, Julius von
Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 3. Aufl., 1848

KISS, Gezá
1) Billigkeit und Recht
in: ARWP III/536-550 (1909/10)
2) Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht
in: IhJb 58/411-486 (1910); auch als Separatdruck

KLEIN, Franz
Freie Rechtsfindung
in: Das Recht 1906/915-919

KOELLREUTTER, Otto
Staat und Richter in England und Deutschland
in: Der Rechtsgang II/240-266 (1916)

KOHLER, Josef
1) Über die Interpretation von Gesetzen
in: Grünhuts Zeitschrift 13/1-61 (1886)
2) Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz
in: IhJb 25/264-297 (1887)
3) Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, begründet von v. Holtzendorff, 6. Aufl., 1904
4) Diskussionsbeitrag in ARWP III/581 (1909/10)
5) Das älteste Lehrbuch der juristischen Auslegungs- und Methodenlehre
in: ARWP IV/235-243 (1910/11)
6) Ein 'juristischer Kulturkampf'
in: ARWP VI/275-281 (1912/13)
7) Buchbespr. in ARWP XI/284-288 (1917/18)

KRAFT, Viktor
Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre,
2. Aufl., 1951

KRAUS, Oskar
Die leitenden Grundsätze der Gesetzesinterpretation
in: Grünhuts Zeitschrift 32/613-636 (1909)

KÜCHENHOFF, Günther
1) Nationaler Gemeinschaftsstaat, Volksrecht und Volksrechtsprechung, 1934
2) Naturrecht und Liebesrecht, 1962

KUHLENBECK, Ludwig
Von den Pandekten zum BGB, 1898

KULEMANN, W.
Recht und Richter
in: Recht und Wirtschaft 1/145-149 (1912)

LANDSBERG, Ernst
Das entgegengesetzte Extrem ?
in: DJZ 1905/921-930

LANGE, Heinrich
1) Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934
2) Lage und Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft, 1937
3) Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933, 1941
4) BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 1963

LARENZ, Karl
1) Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl., 1935
2) Urteilsbesprechung in NJW 1958/827
3) Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960
4) Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1962
5) Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik
in: JZ 1962/105-110

LAUN, Rudolf
Recht und Sittlichkeit, 3. Aufl., 1935

LEHMANN, Heinrich
Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl., 1960

LESS, Günter
Von Wesen und Wert des Richterrechts, 1954

LLEWELLYN, K. N.
Präjudizienrecht und Rechtssprechung in Amerika, 1933

LOBE, Adolf
1) Mängel unseres Rechtslebens
in: Das Recht 1913/644-651, 691-701
2) Fünfzig Jahre Reichsgericht, 1929

LOENING, Richard
Über Wurzel und Wesen des Rechts, 1907

MAIHOFER, Werner
1) Recht und Sein, 1954
2) Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956

MANIGK, Alfred
2) Formalismus und Freirechtsschule
in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Band II/474-492, 1927
1) Buchbespr. in DJZ 1910/265

MARCK, Siegfried
Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, 1925

MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, F.
Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze, 1927

MAUNZ, Theodor
Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1934

MAYER, Max Ernst
1) Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903
2) Rechtsphilosophie, 1922

MEIER - HAYOZ, Arthur
Der Richter als Gesetzgeber, 1951

MENDELSSOHN - BARTHOLDY, A.M.
Das Imperium des Richters, 1908

MERKEL, Adolf
Juristische Enzyklopädie, 6. Aufl., 1920

MEZGER, Edmund
1) Buchbespr. in Der Gerichtssaal 108/64 f. (1936)
2) Der Begriff der Rechtsquelle
in: Festgabe für Heck/Rümelin/A.B. Schmidt 19-46, 1931

MICHAELIS
1) Die Emanzipation des Richters vom Gesetzgeber
in: DJZ 1906/394-399

MICHAELIS, Karl
2) Logische und praktische Richtigkeit bei der Subsumtion
in: Göttinger Festschrift für das OLG Celle 117-149, 1961

MITTEIS, Ludwig
Freirechtslehren und Juristenzunft
in: DJZ 1909/1038-1042

MONTESQUIEU
De l'esprit des lois, Ausgabe Paris 1846

MÜLLER - ERZBACH, Rudolf
1) Der Durchbruch des Interessentenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien
in: IhJb 53/331-372 (1908)
2) Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, 1913
3) Wohin führt die Interessenjurisprudenz ? 1932
4) Die Rechtswissenschaft im Umbau, 1950

MÜLLER - FREIENFELS, Wolfram
Ehe und Recht, 1962

NAWIASKY, Hans
Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., 1948

NEIGENFINK, Götz
Der Begriff der Kriegsbeute im Völkerrecht, 1964

NEUKAMP, Ernst
Der gegenwärtige Stand der Freirechtsbewegung
in: DJZ 1906/44-50

NIKISCH, Arthur
Zivilprozeßrecht, 1950

NIPPERDEY, Hans-Carl
in: Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1959/60

OERTMANN, Paul
1) Gesetzeszwang und Richterfreiheit, 1908
2) wie 1), Ergänzte Ausgabe 1909
3) Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914

OLIVEKRONA, Karl
Gesetz und Staat, 1940

PATTAI, Robert
Der Kampf um die Rechtswissenschaft und die Freirechtsbewegung, 1913

POLLAK, Rudolf
Vertrauenskrise in der Justizpflege
in: Judicium I/69-87

POUND, Roscoe
The spirit of the common law, 1921

PUCHTA, G.F.
Pandekten, 8. Aufl., 1856

RABEL, Ernst
Deutsches und amerikanisches Recht
in: Rabels Zeitschrift 16/340-359 (1951)

RADBRUCH, Gustav
1) Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung
in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
22/355-370 (1906)
2) Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914
3) Der Geist des englischen Rechts, 1946
4) Die Natur der Sache als juristische Denkform, 1960
(erstmals in der Festschrift für Laun, 1948)
5) Rechtsphilosophie, 4. Aufl., 1950
6) Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß, 1952
7) Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl., 1958

REGELSBERGER, Ferdinand
Gesetz und Rechtsanwendung
in: IhJb 58/146-174

REHFELDT, Bernhard
1) Die Wurzeln des Rechts, 1951
2) Einführung in die Rechtswissenschaft, 1962

REICHEL, Hans
1) Korreferat in: ARWP III/534 f. (1909/10)
2) Zur Freirechtsbewegung
in: DRiZ 1910/464-468
3) Gesetz und Richterspruch, 1915
4) Zu den Einleitungsartikeln des ZGB
in: Festschrift für Stammler 281-358, 1926

Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB
11. Aufl., 1959/60

REINACH, Adolf
Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 1913

REINHARDT, Rudolf
Methoden der Rechtsfindung
in: Richter und Rechtsfindung, 1957

REINICKE, G. und D.
1) Die Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofes (BGH)
in: NJW 1951/681-685
2) Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des BGH
in: NJW 1952/1033-1037
3) Die Ausfüllung primärer und sekundärer Gesetzeslücken nach der Rechtsprechung des BGH
in: NJW 1952/1153-1157

RIEZLER, Erwin
1) Das Rechtsgefühl, 1921, 1. Auflage
2) Ratio decidendi und obiter dictum im Urteil
in: AcP 139/161-200 (1934); auch als Separatdruck

RONKE, Maximilian Kommentierung zu § 1626 BGB
in: Handkommentar zum BGB, herausgegeben von Erman-Goerke,
2. Aufl., 1958, 3. Aufl., 1962

RÜMELIN, Gustav
1) Werturteile und Willenentscheidungen im Civilrecht, 1891
2) Das Rechtsgefühl, Neudruck 1948

RÜMELIN, Max
1) Das neue schweizerische ZGB und seine Bedeutung für uns, 1908
2) Oskar Bülow
in: AcP 103/1-33 (1908)
3) Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein, 1925
4) Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre, 1930
5) Eugen Huber, 1932

RUMPF, Max
1) Zum jetzigen Stand der Lehre von der adäquaten Verursachung
in: IhJb 49/333-406 (1905)
2) Gesetz und Richter, 1906
3) Volk und Recht, 1910
4) Rechtsbetrieb heute und vor hundert Jahren
in: DRiZ 1911/317-333

RUMPF, Max
5) Der Strafrichter, 1912
6) Das Ideal des volkstümlichen Rechts, 1913
7) Der Richter und die Verbrechensbekämpfung im neuen Strafrecht
in: DRiZ 1913/768-797
8) Was ist Rechtssoziologie ?
in: AcP 122/36-51 (1924)

RUNDSTEIN, S.
Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewußtseins
in: Archiv für bürgerliches Recht 34/1-40 (1910)

SALEILLES, Raymond
Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts; übersetzt von Rudolf Leonhard, 1905

SANDER, Fritz
Der Begriff der Rechtserfahrung
in: Logos 11/285-308 (1923)

SAUER, Wilhelm
1) Die grundsätzliche Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung für Praxis und Wissenschaft
in: Festgabe für das Reichsgericht 122-153 (1953)
2) Juristische Methodenlehre, 1940
3) Allgemeine Prozeßrechtslehre, 1951

SAVIGNY, Friedrich Carl von
System des heutigen römischen Rechts, 1840

SCHAPP, Wilhelm
Die neue Wissenschaft vom Recht, 1930

SCHLOSSMANN, Siegmund
Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem BGB, 1903

SCHMIDT, Eberhard
Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus, 1952

SCHMIDT, Bruno
Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens, 1899

SCHMITT, Carl
1) Gesetz und Urteil, 1912
2) Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934

SCHMÖLDER, Karl
Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts, 1907

SCHÖNFELD, Walther
1) Die logische Struktur der Rechtsordnung, 1927
2) Von der Rechtserkenntnis, 1931

SCHWALBE, M.
Das Rechtsgebilde als Person, 1911

SCHWINGE, Erich
1) Grundlagen des Revisionsrechts, 1935
2) Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, 1937

SINZHEIMER, Hugo
Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, 1909

SOHM, Rudolph
Über Begriffsjurisprudenz
in: DJZ 1909/1019-1024

SOMLÓ, Felix
1) Die Anwendung des Rechts
in: Grünhuts Zeitschrift 38/55-74 (1911)
2) Juristische Grundlehre, 1917

SPIEGEL, Ludwig
1) Jurisprudenz und Sozialwissenschaft
in: Grünhuts Zeitschrift 36/1-30 (1909)
2) Gesetz und Recht, 1913

SPIEGELBERG, Herbert
Gesetz und Sittengesetz, 1935

STAMMLER, Rudolf
1) Theorie der Rechtswissenschaft, 1911
2) Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1928

STAMPE, Ernst
1) Die Lehre von der Abtretung der Vindikation
in: AcP 80/305-427 (1893)
2) Rechtsfindung durch Konstruktion. Rechtsfindung durch Interessenwägung. Gesetz und Richtermacht.
in: DJZ 1905/417 ff., 713 ff., 1017 ff.
3) Unsere Rechts- und Begriffsbildung, 1907
4) Die Freirechtsbewegung, 1911

STERNBERG, Theodor
Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1912

STIER - SOMLO, Fritz
Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung
in: Festgabe für Laband 445-514, 1908

STOLL, Heinrich
Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz
in: Festgabe für Heck/Rümelin/A.B. Schmidt 60-117, 1931

TEICHMANN, Arndt
Die Gesetzesumgehung, 1962

TRIEPEL, Heinrich
1) Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern
in: Festgabe für Kahl, 1923
2) Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts, 1947

TROLLER, Alois
Rechtserlebnis und Rechtspflege, 1962

TUHR, Andreas von
Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1910/1957

UNGER, Joseph
1)
in: Das Recht 1906/949 = DJZ 1906/781
2) Zur Revision des ABGB
in: Grünhuts Zeitschrift 31/107-134, 389-406

VECCHIO, Giorgio del
Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1951

VERDROSS, Alfred von
Völkerrecht, 3. Aufl., 1956

VIERHAUS, Felix
1) Die Freirechtsschule und die heutige Rechtspflege
in: DJZ 1909/1169-1175
2) Über die Methode der Rechtssprechung, 1911

VINOGRADOFF, Paul
Freie Rechtsprechung und die athenische Demokratie
in: ARWP VI/81-88 (1912/13)

WAGNER, Albrecht
Der Richter, 1959

WALDER, W.
Grundlehre jeder Rechtsfindung, 1928

WALZ, Gustav Adolf
Das Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner, 1930

WEBER, Max
Wirtschaft und Gesellschaft, 4. Aufl., 1956

WEBER, Wilhelm
Treu und Glauben = Erläuterungen zu § 242 in
Staudingers Kommentars zum BGB, 11. Aufl., 1961

WEINKAUFF, Hermann
1) Richtertum und Rechtsfindung in Deutschland
in: Berliner Kundgebung des Deutschen Juristentages 15-34, 1952
2) Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des BGH
in: NJW 1960/1689-1696

WERNER, Fritz
Das Problem des Richterstaates, 1960

WEYR, Franz
Zur Theorie des Natürlichen Rechts
in: ARWP VII/84-90 (1914)

WIEACKER, Franz
2) Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956
1) Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952
3) Gesetz und Richterkunst, 1958

WIELAND, Karl Bespr. von Gmür (Titel vgl. oben)
Buchbespr. in Rheinische Zeitschrift 1909/583-585

WILDHAGEN, Georg
Der Kongreß für gewerblichen Rechtsschutz
in: Leipziger Zeitschrift 2/481-488 (1908)

WINDSCHEID, Bernhard
Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., 1879

WOLF, Erik
Einleitung zu Radbruch 5), 1950

WOLFF, Hans J. (Münster)
Über die Gerechtigkeit als principium iuris
in: Festschrift für Sauer 103-120, 1949

WOLFF, Karl
Grundlehre des Sollens, 1924

WÜRTENBERGER, Thomas
Vorwort zu Kantorowicz 9), dort 1-11, 1962

WÜSTENDÖRFER, Hans
Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt
in: AcP 110/219-380 (1913)

WURZEL, Karl Georg
Das juristische Denken, 1904/1924

ZACHER, Hans F.
Ratifizierungsgesetz und Normenkontrolle
in: Deutsches Verwaltungsblatt 1955/649-653

ZEILER, Alois
1) Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung, 1911
2) Von den responsa prudentium zum Auslegungsgerichtshof
in: Rheinische Zeitung 1912/367-414

ZIMMERL, Leopold
Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda, 1931

ZITELMANN, Ernst
1) Gewohnheitsrecht und Irrtum
AcP 66/323-468 (1883)
2) Lücken im Recht, 1903

ZWEIGERT, Konrad
1) Gleichberechtigung - judge made ?
in: JZ 1953/248 f.
2) Juristische Interpretation
in: Studium Generale 1954/380-385
3) Zum richterlichen Charisma in einer ethisierten Rechtsordnung
in: Festgabe für Carlo Schmid 299-311, 1962

# V O R B E M E R K U N G E N

Die Arbeit geht, angeregt durch den Gedanken einer 'freien Rechtsfindung', den Fragen nach Gebundenheit und Freiheit des richterlichen Urteilens nach.

Da es eine gesicherte Methodik der Rechtsanwendung heute nicht gibt, können Einzelfragen - wie die nach 'freier Rechtsfindung' - nur in einem umfassenden Rahmen beantwortet werden.

Die Arbeit stützt sich weitgehend auf das (ein wenig außer Sicht geratene) Schrifttum der Jahre 1900 bis 1915. Die Fragen von damals sind noch offen und auch seither nicht in der Fülle und Aufmerksamkeit jener Zeit behandelt worden.

In der Allgemeinen Rechtslehre, Methodologie und Rechtsphilosophie kommt es - mehr als sonst - auf Zusammenhang und 'Formulierung' an;
ein anderes Wort hat hier stets einen anderen Sinn. Deshalb wird häufig im Wortlaut zitiert.

# 1. HAUPTTEIL

# DAS JURISTISCHE URTEIL
# (Zur Methodik der Rechtsfindung)

## I. ABSCHNITT
## VOM WESEN DES RECHTSSTREITS

### A. Grundsätzliches zum Prozeß

Die Menschen leben in Gesellschaft. Als Grundwerte des Zusammenschlusses gelten ihnen Frieden und Gerechtigkeit. Sie machen sich hiervon Ideen und suchen diese zu verwirklichen sowie das Erreichte zu sichern. Dazu dienen Vorstellungen des Sollens und Dürfens, die - wie jene Grundwerte - als objektiv geltend (d. h. unabhängig vom Dafürhalten der einzelnen) ausgegeben werden und aus denen weitere Vorstellungen - Pflichten und Rechte - abgeleitet werden, und zwar Pflichten und Rechte einzelner gegenüber anderen Mitgliedern der Gesellschaft. Uneinigkeiten über eine Rechtslage führen entweder zum offenen Kampfe oder zum Anerkenntnis dessen, was der Mächtigere beansprucht. Im einen Falle ist der Friede, im andern die Gerechtigkeit verletzt. Um solche Wertverletzungen zu verhindern, übernimmt die Gesellschaft die Schlichtung. Sie entscheidet in einer Abstimmung oder - häufiger - beruft einzelne Mitglieder (Organe), welche für den umstrittenen Sachverhalt das Recht aussprechen. Der Spruch wird aus den in der Gesellschaft herrschenden Wertungen und Normierungen gewonnen (Rechtsfindung). Unter den Entscheidungsgrundlagen sind von stärkstem Belang die von der Gesellschaft als "Recht" gesetzten Normen (positives Recht).

Die Rechtsnormen werden im Hinblick auf die Staatsbürger geschaffen; diese richten sich in ihrer Lebensgestaltung nach den Werten und Normen. Die Rechtsnormen sind aber auch für die Richter bestimmt (z. B. § 211 StGB: 'Der Mörder wird mit ... bestraft.') [1].

---

1) Die häufig geprüfte Frage nach dem Normadressaten dürfte weitgehend indessen ein Scheinproblem sein. Die Norm ist von der Gesellschaft entworfen, aber nicht an einzelne oder mehrere Mitglieder gerichtet, gleichgültig, wen sie dem Wortlaut nach anspricht.

Im Streitfalle wird der Sachverhalt dem zuständigen Richter von den Parteien unterbreitet.
In dem damit eröffneten Verfahren - Rechtsgewinnung [1], Rechtsfindung [2] - wird der tatsächliche Ablauf des umstrittenen Geschehens ermittelt und vom Richter an den vorhandenen Normen und Werten gemessen.

Von alters her sieht man bei Betrachtung dieses Verfahrens das positive Recht im Vordergrund stehen. Einige halten den gerichtlichen Prozeß sogar für nichts anderes als eine "Individualisierung (Konkretisierung) der generellen (abstrakten) Norm" [3].
Oder es heißt, der Richter sei nur Sprachrohr des Gesetzgebers (Montesquieu und die Lehre der Aufklärung [4]). Man glaubt, der Gesetzgeber hätte die Leistung des Richterspruchs auch "auf sich nehmen können, wenn er sich spezieller und konkreter auszudrücken beabsichtigt hätte" [5]. Hat aber die Rechtsprechung, hat der Richter nicht einen eigenen, von allem Bestehen und Inhalt positiven Rechts ganz unabhängigen Sinn? "Der Kopf des Richters läßt sich durch das Gesetz nicht ersetzen, höchstens schwächen" (Ihering). "Die Norm kann niemals das leisten, was allein die Persönlichkeit leisten kann." [6] Die Funktion des Richters ist überhaupt unersetzbar. Rechtsfindung bedeutet mehr als Konkretisierung der Gesetze - wofür ja schon der rein technisch (nämlich logisch) arbeitende 'Subsumtionsautomat' ausreichen würde.

Der früher herrschende Gesetzes- und Normenpositivismus hat das übersehen. Mit der berühmten Schrift von Bülow 'Gesetz und Richteramt' (1885, vereinzelt schon vorher) wurde die richterliche Funktion aufgewertet. In der Übertreibung der Freirechtslehre vom Richterkönigtum erreichte diese Entwicklung ihren Höhepunkt und verfrühten Abschluß. Die Bemühungen um die Bestimmung eines materialen Standorts der Rechtsprechung haben kein einheitliches und auch kein

---

1) Heck 2/; M. Rümelin 4/53.

2) 'Rechtsanwendung' - der übliche Ausdruck - ist ungenau, da das positive Recht zwar angewendet wird, aber nicht die einzige Entscheidungsgrundlage ist, s. u. S. 25-49.
Vgl. auch H. Isay 1/20; Germann 3/52; Rehfeldt 2/158.

3) So Kelsen 2/233 und die Reine Rechtslehre.
Ähnlich: Gmür 14; Nawiasky 45.

4) Näheres s. u. S. 4-5.

5) So Gmür 78. Ähnl. Danz 5/76, Binder 2/696 und - z. T. fahrlässigerweise - diejenigen, welche das Bild vom 'Richter als Gesetzgeber für den Einzelfall' gebrauchen (Zitate s. u. S. 5).

6) H. Isay I/26.

befriedigendes Ergebnis gehabt. Es ist bei gelegentlichen Äußerungen geblieben, die mehr vom jeweiligen Zusammenhang als vom Gegenstand selbst bestimmt waren. Jeder, der in der Diskussion um das Richterrecht ein positives Votum gab, sagte auch etwas über das Verhältnis Gesetzgeber - Rechtsprechung. Die genauesten Äußerungen fassen die Bedeutung der Rechtsprechung innerhalb der Gesellschaft und ihres Lebens ins Auge. [1] Die Rechtswissenschaft - eine praktische Wissenschaft - hat alle Grundbegriffe auf diesem Wege zu finden.

Der Richter übt sein Amt zwar im Rahmen der Verfassung, der Existenz nach aber unabhängig von ihr und allem positiven Recht aus. Sein Amt gab es auch, historisch gesehen, vor den Gesetzen. [2] Eine Gesellschaft ohne Richter gibt es nicht (jedenfalls in einer Demokratie). Die Gerichtsverfassung kann die Stellung und Aufgaben des Richters umschreiben, nicht aber beruft sie ihn. Das Richteramt ist mit den Grundbelangen einer Gesellschaft so eng verknüpft, daß jeder Gesetzgeber es schon vorfindet. Das Verlangen nach Frieden und Gerechtigkeit wird durch den Richter mindestens ebenso erfüllt wie durch einen Gesetzgeber. Die vom Gesetzgeber geschaffenen generellen Normen sind dem Leben fern, und ohne Richter bleiben sie wirkungslos. Der Richter erst sieht den Menschen vor sich. Die Bedürfnisse der Gesellschaft und der einzelnen haben für ihn das größte Gewicht, das positive Recht ist ihm (nur) Entscheidungsrichtlinie. Das Ansehen und die Würde, welche das Grundgesetz dem Einzelmenschen vor der Gesamtheit verleiht, kommen auch den Trägern der Staatsfunktionen zu.

---

1) Ehrlich (4/98): "Einen Streit entscheiden, heißt, die streitigen Gebiete voneinander abgrenzen, und vor allem so abgrenzen, wie sie vor dem Streit abgegrenzt waren. Diese Grenzen gibt zunächst die innere Ordnung in den Verbänden an, wie sie bis zum Streite bestanden hat."

2) Mendelssohn-Bartholdy 153, Darmstädter 198, H. Isay I/190, A. Wagner S. V.
Dagegen: Br. Schmidt 15, Binder 2/992 f., H. Isay I/20, W.G. Becker 2/419, Zweigert 3/303.

## B. Der Richter

Das haben alle Lehren verkannt, die im Richter nur das Organ, das leblose Wesen gesehen haben. Nach Montesquieu ist der Richter nur der Mund, der das Gesetz ausspricht, ein unbeseeltes Wesen. [1] Wenn eine Theorie dahin ausmündet, den Richter als Urteilsmaschine zu sehen, so erweist sich wohl offen ihre Absurdität. Insoweit versagen die Lehren, welche 'Geist' und 'Würde' der Gesetze allein auf den Schild gehoben, den richtenden Menschen aber in die dienende Nebenrolle des 'Anwenders', des 'Sprachrohrs' geklemmt haben. Ein solches Anliegen ist zwar im 18. Jahrhundert - während und unmittelbar nach den Zeiten des Absolutismus - berechtigt gewesen. [2] Der unabhängige Richter des demokratischen Staates muß nicht mehr gefesselt werden. Die Güte seiner Entscheidungen ist weniger in den Gesetzen als in seiner Persönlichkeit (hier: Intelligenz und Wertverbundenheit) verankert. [3]

Der Richter ist beim Urteilen heute mit seinem ganzen Wissen und Wünschen und nicht nur mit seiner Gesetzeskenntnis beteiligt. Er vollzieht auch die Gesetze. Das "Zuendedenken des Gedachten" (Radbruch) [4], der "denkende Gehorsam"

---

1) Montesquieu (I. XI ch. VI).
Die neuere Wissenschaft hat eine andere Ansicht über den Richter.
Heck (3/II): "Das Endziel der Rechtsprechung ist die Befriedigung der Lebensbedürfnisse, der in der Rechtsgemeinschaft vorhandenen Begehrungen und Begehrungstendenzen, der materiellen wie der idealen" (vgl. auch Heck 12/9).
In derselben Richtung, aber weniger anschaulich, geben der Rechtsprechung ein eigenes Gewicht:
Rumpf 2/124, Schönfeld 1/51, Düringer 3/196, Cardozo 2/97, Wüstendörfer 368, Arndt 1/17 und - in der Regel - wer die rechtsschöpferische Kraft des Richterspruchs bestätigt (s.u. S. 87).

2) "Von dem unbedeutenden, bestechlichen, kleinen Beamten zu dem der Richter hinabgesunken, wird niemand mehr erwarten, daß er sich einer der größten Aufgaben gewachsen zeige, die je an einen Menschen herantreten können: Das Recht nach den Bedürfnissen der Gesellschaft zu finden. Alle Blicke wenden sich auf den Gesetzgeber. Er gilt als unbefangen, und der Richter wird das Recht um so weniger beugen können, je genauer ihm die Entscheidung vom Gesetzgeber vorgeschrieben wird. Die strenge Bindung des Richters an das Gesetz erscheint daher geradezu als ein Stück der Wohlfahrtspflege, die sich der absolutistische Staat immer angedeihen läßt" (Ehrlich 5/214).

3) So Ehrlich 2/21, Gmür 142, vgl. a. Gény II 93, 142, Kantorowicz 1/48, Radbruch 1/366, Rumpf 2/124, Cardozo 2/97, 160.

4) 5/211, ähnl. Jerusalem I/169, 2/61 f.

(Heck [1]) bezeichnen eine Eigenart der Gesetzesanwendung. Es wird dabei weitgehend zu einer Frage der Worte, ob das Gesetz die Oberhand behalten hat oder nur ein Ausgangspunkt gewesen ist. [2] Jedenfalls - und das verdunkeln die angeführten Formeln - tut ein Richter viel mehr, als daß er nur das positive Recht anwendet. [3] Aus dem Vergleich Richter-Gesetzgeber erhellt, daß der Richter - wie ein Gesetzgeber - alle rechtspolitischen Überlegungen anstellen muß. [4] Der Richter wertet den Sachverhalt, und zwar nicht nur nach den "Rechtswerten" (deren Eigenständigkeit sehr fraglich ist), sondern nach allen Werten, welche in der Gesellschaft gelten [5] [6].

Der Richter wiederholt den Spruch des Gesetzgebers für den Einzelfall. Da dieser dem Gesetzgeber nicht vor Augen gestanden hat und sich vom Tatbestand der Rechtsnorm notwendig unterscheidet - er besitzt unzählig mehr Merkmale -, ist es des Richters zu prüfen, ob überhaupt die Rechtsnorm angewendet oder teilweise bzw. gar nicht zugrunde gelegt wird. Diese Frage wird an Hand der außergesetzlichen und außerrechtlichen Entscheidungsgrundlagen beantwortet. Die Antwort besteht in der auf den vorgelegten Sachverhalt zugeschnittenen und auf ihn unmittelbar anwendbaren Entscheidungsnorm.

Die Methodik der Rechtsfindung wird insoweit im folgenden Abschnitt entworfen.

---

1) 3/51, 4/107. Dagegen: Esser 4/181 ("sibyllinische Worte").

2) Zwei Beispiele: Die wichtigste Aufgabe des Richters ist es, das Gesetz dem Leben anzupassen (Düringer 3/196), die Rechtsanwendung besteht in der Durchführung der Herrschaft der Gesetze (Gmür 140).
Solche Formulierungen, mit denen alles und nichts gesagt ist, gibt es vielfach.

3) Schön, wenn auch gefährlich, ist seine Beschreibung als "Gesetzgeber des Einzelfalls".
So und ähnlich gebraucht von:
Jordan (1825) 191 ff., Bekker 150, Danz 1/128, 4/218, Düringer 3/197, Ehrlich 5/436, Gmür 78, Kulemann 149, Schönfeld 1/51, Holmes, zit. v. Cardozo 1/129, Cardozo a. a. O., Ebenstein 172;
anderer Meinung: C. Schmitt 1/103, H. Lange 4/67.

4) Vgl. Wüstendörfer 368.

5) Radbruch 1/366, Rumpf 2/124, Binder 2/695, Cardozo 1/16.

6) Sehr bedenkenswert ist auch eine Äußerung von Arndt (1/9-11): Im Richter ist auch Macht am Werk. Politische und richterliche Rechtsschöpfung sind nicht entgegengesetzt motiviert. Die Macht des Richters ist politisch verantwortlich. Zustimmend: A. Wagner 18 mit anderen Zitaten.
Über den traditionellen Konservativismus des Richterstandes s. Reichel 3/26, über den des BGB s. H. Lange 3/3.

## II. ABSCHNITT
## DIE ENTSCHEIDUNG DES RICHTERS

1. Wenn versucht wird, die einzelnen Faktoren der richterlichen Entscheidung darzustellen, so kann es sich (hier) nicht darum handeln, den Vorgang nach psychologischer Methode zu beschreiben. Der Gegenstand ist zwar einer solchen Untersuchung wert und dringend bedürftig. Die Psychologie könnte aber nur aussagen, wie ein bestimmter Richterstand tatsächlich arbeitet bzw. wie ein gedachter Richter auf Grund einer als gesollt vorgegebenen Methodik verfahren würde. Solche Untersuchungen haben den Wert klärender Vorarbeit (und können allerdings gar nicht unterschätzt werden). Die Rechtswissenschaft ist demgegenüber in erster Linie an der heute geltenden Methodik interessiert.
Die juristische Methodenlehre verfährt darum normativ [1]. Sie sagt nicht, wie der Richter denkt, wohl aber, woran er denken soll [2].

2. Der (logisch) oberste Satz der juristischen Methodik ist, daß der Richter seine Entscheidung zu begründen hat. Nur auf dieser Basis kann man verstehen, warum z.B. das Gesetz eine so ernst zu nehmende Rolle spielt und stets Gegenstand der wissenschaftlichen Bemühung vieler Juristen ist. Der absolutistische Herrscher und der Tyrann verzichten auf die Dienste der Rechtswissenschaft. [3] Das Erfordernis der Begründung jedes hoheitlichen Aktes (auch der Verwaltungsakt ist ja Rechtsanwendung) ist eine Gewähr für den Bestand des Rechtsstaats.

---

1) Für Normativität der Methodologie (aber in etwas anderem Zusammenhang): Brütt 102, Meier-Hayoz 7;
ähnlich: Engisch 1/191, C. Schmitt; vgl. a. H. Isay 1/41.

2) Diese notwendige Abgrenzung wird im Schrifttum nicht erwähnt oder durchgeführt. Dabei müßte schon das Phänomen stutzig machen, daß der Jurist die Entscheidung eines Sachverhalts fast stets weiß, bevor er die rechtswissenschaftliche Begründung dafür gefunden hat (s.u. S. 46).

3) 1. § 6 Einl. ALR (1794, Preußen): "Auf die Meinungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche der Richter, soll, bey künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden."
2. A. Hitler (am 26.4.1942 in der letzten Reichstagssitzung): "Ich werde nicht eher ruhen, bis jeder Deutsche einsieht, daß es eine Schande ist, Jurist zu sein."

3. Daneben tritt, als Forderung des wissenschaftlichen Ethos, die Wahrhaftigkeit der Methode: Der Richter versuche diejenigen Gründe anzugeben, die wirklich für seine Entscheidung maßgebend gewesen sind. Das wird - auch bei bestem Willen - schon deswegen nicht immer gelingen, weil der Urteilsspruch seinem Inhalt nach früher und wahrscheinlich auf gänzlich andere Weise [1] zustande kommt als die Begründung, die man ihm hinzufügt.

Merkwürdigerweise wird die Forderung nach Offenheit der Methodik gar nicht allgemein gebilligt:
Oft heißt es, dem Publikum gegenüber sei es besser, z. B. den Schein der allumfassenden und bruchlosen Gültigkeit des Gesetzes aufrechtzuerhalten.
Die Gerechtigkeit kann dann nur unter einem Deckmantel von Tatbestandsfiktionen und Rechtskonstruktionen siegen. Noch häufiger ist es, unbewußt nach dieser Maxime zu handeln. In den Gründen der Urteile - und zwar je höher, desto mehr - lebt vieles Negative der alten Begriffsjurisprudenz fort. Keiner der gegen die Offenheit vorgebrachten Gründe [2] macht verständlich, wie eine Lüge die Helferin der Gerechtigkeit sein kann [3].

4. Wenn die juristische Methodenlehre - wie gezeigt - die Methodik normativ (und nicht psychologisch) darstellt und wenn die richterlichen Überlegungen dem Betrachter nur in den Urteilsgründen offenbar werden, so ergibt sich daraus, daß jene Lehre dem Juristen hauptsächlich nur vorschreibt, was die Begründung seiner Entscheidung zu enthalten habe. Die juristische Methodenlehre als Lehre vom Inhalt der Entscheidungsgründe: das ist zwar ein bescheideneres Ziel, als man sich hier gewöhnlich setzt, dafür aber ein erreichbares. Das geläufige Programm einer juristischen Methodologie ist: die richterlichen Überlegungen selbst zu normieren. Dieser Anspruch ist einstweilen [4] unerfüllbar, denn die Denkvorgänge sind nicht einmal naturwissenschaftlich hinreichend geklärt. Das Programm hat auch keinen besonderen Sinn: Bislang wird das juristische Denken den Juristen - jedenfalls in Deutschland - nicht gelehrt. Er lernt es ('nebenbei') mit. Daher grassieren die verschiedensten Denkarten; jeder junge Jurist sucht - 'so gut

---

1) Vielleicht so:
Urteil gefunden in subjektivem Evidenzerlebnis, aber die Begründung: in diskursivem Denken.

2) Vgl. im einzelnen bei Meier-Hayoz 272, 280.

3) Für Wahrhaftigkeit der Entscheidungsgründe:
Radbruch 1/364, Schmölder 4, Ehrlich 5/427, Rumpf 7/789, Heck 3/234-237; 4/98-100, 119, Reichel 3/146, Meier-Hayoz 272, 280;
Less 75 (sehr deutlich und ausführlich);
dagegen: Wüstendörfer (im Falle der Gesetzesabweichung) 353.

4) Nach H. Isay 1/: überhaupt nicht.

es geht' - den Rechtsstoff und seine Denkbehandlung zu erfassen. Demgegenüber hat die Beschränkung der juristischen Methodologie auf den Inhalt der Entscheidungsgründe einen guten Sinn, denn weil die Gründe wahrhaftig sein, also den wirklichen Überlegungen des Richters entsprechen sollen, ist eine Brücke zum Denken des Juristen geschlagen, über die vielleicht eines Tages der Weg zur juristischen Denkmethodik gegangen werden kann.

## A. Der Vorgang

1. Wenn ein Urteil zu begründen ist, so bedeutet das: es ist auf etwas Allgemeines zurückzuführen. [1] Der Obersatz begründet einen Schluß, den man gezogen hat. Im Falle des juristischen Urteils bedeutet jenes Allgemeine ein Norm. Eine Norm, jedenfalls die beim juristischen Verfahren angewandte und insonderheit die Rechtsnorm, besteht aus einem Tatbestand, an den eine (Rechts-)Folge geknüpft ist. [2] 'Wenn ich eine Sache miete - so muß ich den vereinbarten Mietzins zahlen.' Über Wesen und Aufbau der (Rechts-)Norm besteht keine Einigkeit. Schon zur Frage: Ist die Norm ein Imperativ, ein hypothetisches Urteil oder ...?, lassen sich leicht 30 Autoren mit 10 verschiedenen Meinungen anführen.

Der Tatbestand in der Norm beschreibt einen möglichen Sachverhalt, die Rechtsfolge dessen rechtliche Wirkung. Diese kann in einer Verpflichtung eines Beteiligten, seiner Berechtigung oder in jeder anderen objektiven Rechtslage bestehen.

Das Urteil des Richters hat zum Inhalt, daß unter den Parteien irgendeine solche Rechtslage besteht - oder nicht. Der Jurist findet seinen Spruch im Folgesatz einer Norm; deswegen liegt seinem Urteil stets eine generelle Norm zugrunde. [3]

---

1) Das 'Allgemeine' ist - wie viele ähnliche Begriffe - relativ; es gibt fast stets etwas 'noch Allgemeineres', welchem jenes einordenbar ist. Der Begründungszwang bedeutet daher: Rückführung auf einen allgemeineren Satz, als ihn das Urteil selbst darstellt.

2) Brütt 36, K. Wolff 35, Germann 2/16, Engisch 1/95, Esser 1/136, Radbruch 5/129, H. Lange 4/51. Anders: W.G. Becker 2/241 (auch Sachverhalt als Normelement), Burckhardt 233.

3) Dafür: Danz 5/37, M. Rümelin 4/51, Kelsen 4/258, Kantorowicz 6/1241, ihm zust. Goodhart 2/XVII;
dagegen: Ehrlich 5/273 und das merkwürdige, aber ergebnislose Buch von Cohn 1/pass. (insb. 45, 156).

2. Von den Normen bis zur Entscheidung ist es indessen ein weiter Weg. Kaum ein Laie ist in der Lage, ihn zu beschreiten. Ihn bewältigen zu können ist das Signum des Juristen. Beinahe jede Norm bedarf einer eingehenden Bearbeitung, ehe der vorgelegte Fall ihr eingeordnet werden kann.

a) Das geschieht in einem Auslegung genannten Verfahren. Ihm ist seit jeher das größte Augenmerk geschenkt worden, im Zeitalter der großen Kodifikationen vielleicht sogar in einem etwas übertriebenen Umfang. Dabei traten erstaunlich verschiedenartige Ansichten hervor. Von der äußersten 'Rechten' - jede Rechtsanwendung, selbst bei Lückenfüllung, ist Auslegung bestehenden Rechts - bis zur extremen 'Linken' - Gesetz = nicht mehr als sein Wortsinn - reichte das Parlament der Meinungen. Dementsprechend verschieden waren die Ergebnisse der Auslegung: Während die einen nahezu jeden gewünschten Inhalt aus den Gesetzen, insbesondere ihrem 'Geiste', zu fördern vermochten, schränkten die anderen ihren, der Gesetze, Inhalt so sehr ein, daß kein Urteil mehr allein daraus zu gewinnen war. Die dergestalt wandelbare 'Reichweite des Gesetzes' [1] hatte zur Folge, daß die 'Linke' zur Aufdeckung der außergesetzlichen Entscheidungsgrundlagen schritt. Der Höhepunkt war der methodologische Aufstand der Freirechtsbewegung. Der Umsturz führte zur Aufgabe der alten Begriffsjurisprudenz. Aber auch die Extremen scheiterten auf ihren zu weit vorgeschobenen Positionen, die unzulänglich begründet und daher nicht zu halten waren. Den Sieg trug die gemäßigte Interessenjurisprudenz davon, die anfangs noch im Winde der Freirechtsbewegung gesegelt war [2]. Trotz der Erhebung der Interessenjurisprudenz zur nahezu offiziellen Methodik blieben die Meinungen zur Auslegungsfrage weit getrennt. Die Müdigkeit gegenüber den Fragen der Methodenlehre entzog dieser jedoch die allgemeine Aufmerksamkeit, so daß man heute leicht irgendeine Ansicht dazu vertreten kann, ohne einen Streit zu entfachen. Es sind viele verschiedene bzw. gleichbedeutende Begriffe im Umlauf, so daß es häufig schwierig ist, den Inhalt einer Auslegungslehre zu erkennen. Es gibt z.B. einmal für dieselbe Sache sechs Worte: [3] Angesichts der Umfänglichkeit des Problems wird hier keine begründete Stellungnahme abgegeben. Als Arbeitshypothese wird zugrunde gelegt: "Auslegung ist Ermittlung des Sinnes im Zeitpunkt der Normsetzung" [4].

---

1) Näheres über den Methodenstreit s.u. S. 19-23.

2) Näheres über den Methodenstreit s.u. S. 51-75.

3) Wortinterpretation, Buchstaben-, Verbal-, grammatikalische, philologische, Auslegung nach dem Wortsinne; vgl. Meier-Hayoz 40.

4) Ähnlich Teichmann (36): "Der objektivierte Wille des Gesetzgebers ist entscheidend." T. stellt Übereinstimmung mit Nic. Hartmann, dem BVerfG und den oberen Bundesgerichten fest.
Vgl. ferner Allen 326, zur Ursache der Auslegungsbedürftigkeit vgl. Llewellyn I 79, zum Gegenstand und Umfang der Auslegung vgl. Ehrlich 5/367.

Ausgelegt wird die Norm, und zwar insbesondere ihr Tatbestand [1], bis man zur Entscheidungsnorm gelangt ist. Aufgaben, die der Auslegung sehr ähnlich sind, stellt der Sachverhalt. Dieser muß in Worte gefaßt werden, damit er unter den Obersatz einer Norm logisch subsumiert werden kann. Man könnte dieses verbalisierende Verständnis des Sachverhalts ebenfalls Auslegung nennen, obwohl das nur dann geläufig ist, wenn der Sachverhalt eine Willenserklärung enthält. [2] Sachverhalt und Norm werden in Richtung aufeinander ausgelegt. [3]

b, Allgegenwärtiges Hilfsmittel bei der Auslegung und jeder Normanwendung ist die Logik. Ihre Bedeutung wird indessen sehr verschieden beurteilt. Die einen sehen in jeder richterlichen Entscheidung nur einen logischen Schluß ohne Entschließungsfreiheit des Entscheidenden. [4] Gegen diese Grundthese aller Begriffsjurisprudenz haben sich sehr viele gewandt [5], einige sogar streng ablehnend [6].

Die Gemäßigten haben ausgeführt, neben der logischen Subsumtion seien Lebenserfahrung (Danz aaO), Werturteile (G. Rümelin, Gmür, Wurzel, E. Huber, M. Rümelin, Weinkauff) maßgebend. Die Logik sei allerdings das nächstliegende Werkzeug bei der Interpretation, sie besorge aber nur das Gröbste, die Feinarbeit liege im Abwägen der verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten (Gmür). Nur bis zu jenem Punkte, wo die entscheidenden Wertfragen auftreten, führe die Logik (Weinkauff). Noch kritischer sind die übrigen Zitierten: Durch die rein logische Ausbeutung der Regel ist im besten Falle nur herauszuholen, was hineingesteckt ist (E. Jung, Radbruch). Das richterliche Urteil wird nicht durch Deduktion aus Oberbegriffen gewonnen, weil nicht nur die Bildung der Obersätze, sondern auch die Art ihrer Anwendung von den jeweiligen geschichtlichen Bedürfnissen abhan-

---

1) Danz 5/6, W.G. Becker 2/420 f.

2) Etwas anders Danz 5/6: Ausgelegt werden nur Willenserklärungen, seien es solche von Privatpersonen oder solche eines Gesetzgebers.

3) Ähnlich Gmür 57, Reichel 3/70. Oertmann nennt es eine alte Schulregel, daß bei der Auslegung auf den Wert des Ergebnisses gesehen werden muß (1/12).

4) Laband 646 (von Oertmann, 3/47, 'klassische Formulierung' dieser Ansicht genannt).

5) G. Rümelin 29, O. Gierke 123, Wurzel 93, Rumpf 27, M. Rümelin 2/25, Danz 5/97, Gmür 59, E. Huber 386, V. Kraft 264, Weinkauff 1/27.

6) Radbruch 1/363 f., E. Jung 1/152, Walder 15-17, H. Isay 1/145-151, 162, Beyer 95.

gig sei (Beyer, für die marxistische Position). [1] Diesen Angriffen gegenüber wird die Rolle der Logik verteidigt von Heck [2] und von einem Teil der nordamerikanischen Doktrin [3].

Spezieller, aber im Grunde um denselben Gegenstand kreisend, ist die Frage nach der Form des Urteils. Die gewohnte Vorstellung, das Urteil sei im wesentlichen ein Syllogismus

| | | |
|---|---|---|
| Obersatz | (Rechtsnorm): | M ist P |
| Untersatz | (Sachverhalt): | S ist M |
| Schlußsatz | (Urteil): | (S ist P) = C |

wird eingeschränkt [4] und sogar abgelehnt [5].

Die Ursache dieses Streites, in dem zunächst jeder recht zu haben scheint, besteht wohl darin, daß der Gegenstand der Untersuchung wechselt (s. o. S. 7, Ziffer 4):

Wer von der Logik und der Form des Syllogismus spricht, denkt dabei daran, wie der Richter sein Urteil vorführen, d. h. begründen soll. Man wird aber sogleich gegen die Logik mißtrauisch, wenn man nach dem tatsächlichen Zustandekommen des Urteils forscht, nur selten - das steht bei aller Unklarheit im übrigen fest - hat der Richter logisch nachgedacht, bevor er zu seiner Entscheidung kam.

---

1) Genauer sei der Gedanke von Walder (anknüpfend an Schopenhauer) wiedergegeben (15 - 17):
Die logische Ableitung (des Urteils) aus den Prämissen ist lediglich formal und kann erst erfolgen, wenn die Prämissen feststehen. Die Gewinnung der beiden Prämissen muß der formalen Ableitung vorausgehen. Die Arbeit, die auf die Gewinnung der Prämissen zu verwenden ist, bildet den Inhalt der Rechtsfindung als Urteilen. Die logische Ableitung ist bloßes formales Schließen ohne eigenen Inhalt aus den Urteilsprämissen. (Zit. Schopenhauer:) Falsche Urteile gibt es in Menge, falsche Schlüsse sind selten. Gesunde Vernunft ist so allgemein wie richtige Urteilskraft selten. Die Schwierigkeit, die Gefahr zu fehlen, liegt im Aufstellen der Prämissen, und da verläßt uns die Logik. Ähnlich E. Huber (381).

2) 3. II. Heck unterscheidet eine Logik des erkennenden von der des emotionalen Denkens, welche die des Richters sei.

3) Vgl. Coing 2/567-569.

4) Danz 4/217, Oertmann 1/11, Rumpf 5/I 215, E. Huber 377, Brusiin 114, W. G. Becker 2/397.

5) Ehrlich 5/273.

In der Urteilserläuterung soll er sich aber einer streng logischen, möglichst sogar deduktiven Begründung befleißigen. Alles, was über die Denkgesetze (insbesondere den Satz vom Grunde) und über die Denkformen (insbesondere den Syllogismus) gefunden worden ist, soll hier beachtet werden. [1] Eine interessante Frage in diesem Zusammenhang ist, ob es eine spezielle 'juristische Logik' [2] gibt oder nicht [3]. Aber auch wenn der Logik nunmehr ein Betätigungsfeld zugewiesen ist, bleiben die Zweifel über ihre Bedeutung. Denn jeder Jurist macht die Erfahrung, daß sich für beinahe jede Entscheidung eine juristische Begründung finden läßt. [4] Gerade diese 'Leistungsfähigkeit' der Logik ist es, die so häufig zu ihrer Verwerfung führt.

Das Resultat einer - unter größerer oder geringerer Hilfe der Logik betriebenen - Auslegung von Normen und Sachverhalten ist: die Aufstellung eines Satzes, der spezieller und für die zu lösende Rechtsfrage bestimmter gefaßt ist als der Text des Gesetzes [5].

3. Die Entscheidungsnorm

Die vorhandenen Normen sind zu allgemein. Da heißt es:

> "Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt" (§ 831 BGB).
> Muß die Brauerei dafür aufkommen, wenn der Bierkutscher einen Passanten beim Schwenken eines Flaschenkastens verletzte ?
> Zahllose (häufig selbsttätige) Denkvorgänge laufen ab, wenn die Frage logisch beantwortet wird.
> Jedes Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes muß konkretisiert werden, ehe eine Subsumtion stattfinden kann. Von 'Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt' bis zu 'die Brauerei' und 'der Bierkutscher' sind es mehrere Schritte. Ist er angestellt oder selbständig - wenn selbständig, ist

---

1) Einzelheiten hierüber sind nicht Aufgabe der Arbeit.
2) So der Titel manches Buches.
3) So Gass 48: Es gibt keine mathematische, juristische usw. Logik, sondern nur eine, für alle Wissenschaften gültige Lehre vom richtigen Denken. Ein vernichtendes Urteil über Art und Nutzen sogenannter juristischer Logik fällt Ehrlich in seinem gleichnamigen Werk (z.B. S. 423 f.).
4) Dafür: C. Schmitt 1/12, Ehrlich 5/424; Less 103; vgl. auch v. Kirchmann 24 f. (mit Beisp.).
5) Gmür 75-78, Kiss 2/457.

er sozial abhängig; ist er weisungsgebunden usw. ? Alles das muß erwogen sein, ehe man sagen kann, der Bierkutscher X sei 'zu einer Verrichtung bestellt'.
'In Ausführung der Verrichtung' -? Hat er den Kasten in die Gaststätte hineingetragen, nebenbei zu Hause abgegeben, hat er ihn aus Übermut herumgeworfen usw ?

Diese Überlegungen führen endlich etwa zu folgender Norm:

"Wenn ein für eine Brauerei alleintätiger Kutscher beim auftragsgemäßen Transport des Flaschenguts einen Fußgänger verletzt ..."
Oder:
"Wenn der von L angestellte Kutscher X beim Hineintragen in die Gaststätte M den Fremden N verwundete ..."

So lautet die (konkretest) gefaßte Entscheidungsnorm für den geschilderten Fall. Nur unter diesen Satz kann der Sachverhalt (X hat N verwundet) subsumiert werden; denn eine Subsumtion kann nur bei gleichlautenden Gliedern stattfinden. Die Entscheidungsnorm ist um so wichtiger, je mehr Vorschriften auf den Sachverhalt anwendbar und je abstrakter diese gehalten sind. Sie ist unumgänglich bei Generalklauseln oder wenn überhaupt kein Gesetz vorliegt. Sie wird aber auch dann vom Denken eingesetzt, wenn ein geläufiger, klarer Fall vorliegt, wenn wir von unmittelbarer Anwendung des Gesetzes sprechen. [1] Es gibt (so gut wie) keinen Fall, wo das Urteil gefällt werden kann, ohne daß zuvor die Entscheidungsnorm aufgestellt worden ist. Die Ursache hierfür liegt in der notwendigen Abstraktheit der Gesetze und der anderen Normen. Sie sollen für 'unbestimmt viele Fälle in der Zukunft' gelten und müssen daher allgemein gefaßt sein. Andererseits gleicht kein Lebensvorgang dem anderen; keine Norm erfaßt die Besonderheiten, die jeder Sachverhalt aufweist. Wer Gesetze formt, will ja gerade die Nebenumstände vernachlässigen und eine kurzgefaßte Regel aufstellen. Bei der Rechtsanwendung kommen diese Nebenumstände aber wieder in Betracht. - Das gilt weniger auf den absichtlich besonders abstraktisierten Gebieten (z.B. im Sachenrecht), um so mehr aber überall dort, wo Billigkeit, Angemessenheit und Gerechtigkeit des Einzelfalls usf. herrschen (Schuldrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht ...).

Nur eine Entscheidungsnorm kann die ganz besonderen Umstände wieder normativ erfassen. Sie ist nämlich konkret und abstrakt zugleich [2]: konkret in bezug auf ein Gesetz, abstrakt in bezug auf den Sachverhalt. Sie ist konkreter als das Gesetz, weil sie nicht mit Begriffen arbeitet (jedenfalls kaum) und weil sie Eigen-

---

1) Danz 4/199.
2) Beides sind relative Begriffe, die sich also nicht ausschließen.

tümlichkeiten des betreffenden Falles berücksichtigt, welche im Gesetz außer Betracht bleiben mußten. Sie ist abstrakter als der Sachverhalt, weil sie von ihm nur das Rechtserhebliche nimmt, das Nebensächliche aber übergeht. Die Entscheidungsnorm ist individuell und generell (generalisierbar) [1]: Individuell, weil im Hinblick auf einen bestimmten Sachverhalt entworfen, (zunächst) nur ihn zu regeln bestimmt - generell, weil sie für andere, gleichliegende Fälle ebenso lauten würde. Die Gesetze sind demgegenüber in nur ganz geringem Maße individuell-konkret, weil sie meist für die verschiedenartigsten, häufig nicht einmal im wesentlichen sich gleichenden Fälle gelten. Das trifft nicht nur auf die Abstraktionsrekorde im Allgemeinen Teil des BGB zu.

Das Umgekehrte wäre übrigens für ein Präjudiziensystem zu sagen: Wo Gerichtsentscheide für die Rechtsfindung maßgebend sind, muß das einschlägige Präjudiz erst verallgemeinert werden ('ratio decidendi'), bis der vorgelegte Sachverhalt subsumiert werden kann. Die Entscheidungsnorm wird durch Abstraktion gewonnen. Diesem Verfahren muß heute auch in den Ländern des Kodifikationsideals mehr Beachtung geschenkt werden, da das Fallrecht dort mit dem Alter der Gesetze zunimmt. [2]

Überall dort, wo das Urteil des Richters an Normen (Gesetze oder Präjudize) gebunden ist und Begründungszwang herrscht - also zuminest in allen demokratischen Staaten -, ist aus den vorgegebenen Entscheidungsgrundlagen eine Entscheidungsnorm zu bilden, bevor dem Sachverhalt eine Rechtsfolge zugesprochen werden kann.

b) Den Begriff der Entscheidungsnorm hat - soweit zu sehen ist - Eugen Ehrlich eingeführt [3] und nutzbar gemacht [4]. Da sich Ehrlich um Definition und systematische Einordnung nur wenig bemüht, ist der Inhalt seines Begriffs nicht ohne weiteres erkennbar. Bei genauem Zusehen erweist er sich jedoch als mit dem hier verwendeten (größtenteils) identisch. [5] Die Darstellung wirkt

---

1) Siehe Fußn. 2 von Seite 13.

2) S. dazu u. S. 92.

3) Das Wort mag schon früher gebraucht worden sein, z. B. von Jordan 1825 (S. 23 u. ö.).

4) Insbesondere in seinem Werk Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913), aber auch schon in 2/ und 3/.

5) Ehrlich schreibt (4/140):
"Das Urteil erfolgt immer auf Grund einer vom Richter selbständig gefundenen Entscheidungsnorm, die dahin geht, z. B. der umstrittene Gegenstand sei Zubehör oder sei nicht Zubehör. Diese Entscheidungsnorm ist von der im Rechtssatz enthaltenen selbst dann verschieden, wenn sie nur den Rechtssatz konkretisiert. Denn die Frage, was Zubehör ist, ist immer ver-

bei Ehrlich etwas verworren, weil er die Entscheidungsnorm nicht nur als Hilfsmittel bei der Rechtsfindung benutzt, sondern sie auch zur Rechtsbildung überhaupt einsetzt. Ehrlich betrachtete die Rolle der Gesetze im Rechtsleben überaus kritisch - sie sind ihm zu abstrakt. Er macht sich daher sogleich Gedanken, ob die Entscheidungsnorm über den vorgelegten Fall hinaus gelte. [1] Die Entscheidungsnormen sind auch für Ehrlich - trotz seines Bemühens, diesen Begriff zugleich für die Bildung genereller Rechtsnormen einzuspannen - nichts anderes als Normen, die vom Richter unmittelbar angewandt werden können. In seinem (erfolgreichen) Kampf für eine mehr soziologische (und weniger normativistische) Blickrichtung des Juristen hatte er stets den Gegensatz zwischen der Entscheidungsnorm und der gesellschaftlichen Ordnung vor Augen (besonders deutlich in 3/27). So mag sich manche mehrdeutige Äußerung (z.B. in 2/13) über die Entscheidungsnorm erklären.

Es sei noch bemerkt, daß Ehrlich zur Erfindung des Begriffs gezwungen war, da er schon in der inneren Ordnung des Lebens eine Rechtsordnung sieht. [2] Jene Ordnung könnte aber vom Richter nicht 'angewandt' werden, denn sie ist ja nicht formuliert (in Worte gefaßt). Schon deswegen ist es notwendig, eine Entscheidungsnorm zu bilden.

---

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 14:
schieden von der Frage, ob ein bestimmter Gegenstand Zubehör sei. Die Tatfrage, die festgestellten Tatsachen, ist von der Rechtsfrage, der soeben vom Richter gefundenen Entscheidungsnorm, daß der Rechtssatz anwendbar sei, nicht zu trennen. Zwischen den Rechtssatz, der die allgemeine Entscheidungsnorm enthält, und die richterliche Tatsachenfeststellung schiebt sich die konkrete Entscheidungsnormein, die der Richter aus (?) den Tatsachen abgeleitet hatte."

1) "Jede Entscheidungsnorm enthält schon den Keim eines Rechtssatzes. Auf das in ihr enthaltene Grundsätzliche zurückgeführt, in Worte gefaßt, mit dem Anspruch auf Allgemeinheit autoritativ verkündet, wird die Entscheidungsnorm zum Rechtssatz. Die meisten Rechtssätze sind, historisch genommen, aus Entscheidungsnormen entstanden" (4/140 f.).
Für den Staat gibt es zwei Wege, um durch sein Recht zu wirken. Der eine ist durch Entscheidungsnormen. Der Staat schreibt seinen Gerichten und anderen Behörden vor, wie sie die Angelegenheiten entscheiden sollen" (4/296). Einschränkend drückt er sich in 4/141 aus:
"Um aus den Entscheidungsnormen einen Rechtssatz zu formen, muß zu ihnen eine weitere geistige Arbeit hinzutreten, denn es muß aus ihr (= aus ihnen) das Allgemeingültige herausgeholt werden."

2) Das ist der Grundgedanke seiner 'Soziologie des Rechts', die keine Soziologie, sondern eine allgemeine Rechtslehre unter Betonung der Normativität gesellschaftlicher Gefüge ist.

c) Die allgemeine Rechtslehre Ehrlichs blieb zumeist unbeachtet (anders in den USA) [1]. Aber sein Begriff der Entscheidungsnorm fand Eingang in andere Schriften [2]. Die Tatsache, daß eine Norm erst individualisiert werden muß, bevor sie anwendbar ist, blieb auch anderen nicht verborgen, wenn sie auch den Ausdruck Entscheidungsnorm nicht gebrauchen. [3] In Unwissenheit des schon eingebürgerten Begriffs wird das Wort auch in anderer Bedeutung gebraucht [4], und zwar im Sinne von Urteil, Entscheidung in ihrer Eigenschaft als Norm. Das ist schon sprachlich eine Mißbildung. Eine andere Bedeutung hat das Wort "Entscheidungsnorm" auch als Norm, die dem Richter seine Amtstatigkeit (Entscheidung) vorschreibt [5]. Denkbar wäre übrigens eine Gegnerschaft, die meint, die Entscheidungsnorm sei nichts anderes als eine Zwischenstation auf dem Wege der Konkretisierung des abstrakten Rechts. Sie ist das natürlich, aber man kann sie schon deswegen nicht als Summe der vorbereitenden Subsumtionen bezeichnen, weil auch die nichtnormativen Entscheidungsgrundlagen (Billigkeit, Lebensordnung ...) in sie eingehen. Sie ist kein logischer Hilfsbegriff, sondern das eigenartige Ergebnis der Suche nach dem konkreten, angemessenen Rechtssatz.

d) Die Entscheidungsnorm ist ein hilfreicher und nützlicher Begriff. [6] Er schlägt die Brücke von den abstrakten Normen, von den unformulierten Maßstaben der Billigkeit usf. zum Einzelfall und ermöglicht seine Beurteilung. Er verhindert den Rückfall in begriffsjuristische Methoden, obwohl er selbst nur unter logischer Präzision zu gewinnen ist. Mittels seiner bleibt immer vor Augen, daß das Gesetz sowenig wie ein Präjudiz in der Lage ist, für jeden Fall die fertige Entscheidung zu liefern. Er lenkt den Blick des Richters von den Gesetzen auf den Lebenssachverhalt, denn ihm muß die Entscheidungsnorm angemessen sein. Zugleich wird dem Richter klar, welche Tragweite seine Entscheidung haben wird; die generalisierende und normierende Tendenz, die jeder Entscheidungs-

---

1) Bei ihrer Fülle von Gedanken ist das bedauerlich, aber angesichts der 'hoffnungslosen methodischen Verworrenheit' (Kantorowicz) erklärlich.

2) Er wird verwendet z.B. von:
Gmür 110, 116, Oertmann 1/140, 3/47,
Rundstein 4, Binder 2/915.

3) Danz 2/220, Gmür 75, 78, Kiss 2/457, Nawiasky 123, Reinhardt 25, Enneccerus-Nipperdey 317.

4) Heck 3/12, Manigk 2/491.

5) E. Jung 3/137, Rehfeldt 2/14, ein ähnlicher Fehlgebrauch findet sich sogar bei Ehrlich 2/13.

6) Mit ihr wird übrigens weniger etwas über den Inhalt der Urteilsgründe als über den Vorgang bei der Suche nach ihnen ausgesagt.

norm innewohnt [1], läßt bei der Einzelentscheidung zugleich an ihre Auswirkungen auf ähnliche Fälle und das Leben überhaupt denken. Dem - an sich unerreichbaren - Ideal einer Objektivität der Rechtsprechung wird so auf die vielleicht einzig mögliche Weise nähergerückt.

## B. Die Entscheidungsgrundlagen

Das bisher Ausgeführte beschäftigt sich mit der Art und Weise, auf die der Jurist zur Entscheidung kommt. Aufgabe der Methodenlehre ist es auch, dem Richter zu zeigen, wo er sein Urteil zu suchen hat. Der Inhalt des Spruches muß aus anderen Inhalten hergeleitet, auf sie gegründet, von ihnen gelenkt sein - und wie die Bilder weiter lauten.

Sie bestimmen das Materiale; von ihnen bezieht der Richterspruch seine wahre Geltung [2]. Es ist nicht leicht, eine einheitliche Benennung für sie zu finden. Geläufig ist wohl der Ausdruck 'Rechtsquelle', der aber durch hemmungslosen Vielgebrauch in den verschiedensten Bedeutungen [3] jeglichen Umriß verloren hat [4]. Im Folgenden wird der Begriff 'Entscheidungsgrundlagen' dafür eingesetzt. Sie bezeichnen alle Normen, Maßstäbe, Ordnungen ..., welche dem Urteil den Inhalt geben. Das Bild von der 'Grundlage' - entschieden abstrakter und daher begriffsgerechter als 'Quelle' - ist dafür wohl angemessen. Die Entscheidungsgrundlagen sind von verschiedenster Art. Nicht alle sind Normen, nicht alle - ja nicht einmal die Mehrzahl - sind formuliert, und nicht alle sind von genereller Geltung.

### 1. Positives Recht

Die seit je wichtige Richtschnur für juristisches Urteilen ist das bestehende Recht (= positives, gesetztes, vorhandenes, geltendes Recht).

#### a) Das Gesetz

Es wird auch gesatztes Recht, Gesetz im formellen oder materiellen Sinne genannt. Gesetze kommen in einem bestimmten durch die Staatsverfassung geregelten Verfahren zustande; sie werden in der Regel von den Organen der Volksvertretung

---

1) Siehe oben S. 14 und Ehrlich 4/140, 296.

2) Ein formaler Geltungsbegriff - es genügt Zustandekommen im richtigen Verfahren - wird von der Reinen Rechtslehre u. a. vertreten.

3) Näheres: Bergbohm 40, A. Fuchs 64-76, Kelsen 4/238, Somló 2/330, Rehfeldt 1/55, Dahm 15.

4) Gegen den Begriff 'Rechtsquelle': Becker 2/259.

oder auch von der Regierung erlassen. Sie sind in Worte gefaßt und - heute - niedergeschrieben.

Es wird seit langem für grundlegend wahr gehalten, daß die Gesetze mit selbständiger Kraft und in selbstherrlicher Unabhängigkeit das Leben umfassen und regeln.

Es gibt den 'Geist', den 'wandelnden Inhalt' des Gesetzes [1], seine 'logische Expansionskraft' [2] usw. Das Gesetz lebt und herrscht. Demgegenüber hat der Richter eine dienende Rolle; es wurde sogar vom 'Subsumtionsautomaten' gesprochen [3]. Und der Bürger ist ganz einfach der 'Rechtsunterworfene'. Diese mit absolutistischen [4] Vorstellungen arbeitenden Ansichten sind seit langem überholt. Gleichwohl wird an ihnen ohne weiteres festgehalten. Dabei ist die Auffassung, das Gesetz stelle allgemeine Normen auf, nicht denknotwendig. So war in England bis zum Ende des 17. Jahrhunderts das Gesetz nur eine Art Urteilsspruch, iudicium. [5] Eine solche Auffassung bewahrt vor überspannten Erwartungen an die Leistungen eines Gesetzes und vor dem Bückling, den der Richter heute selbst vor dem Gesetz macht, über das er sich insgeheim hinwegsetzt. Man kann auf die generell-normativen Eigenschaften eines Gesetzes keine allzu großen Hoffnungen setzen; auch der Gesetzgeber hatte bestimmte Fälle vor Augen und entschied nur diese. Deswegen haftet jedem Gesetz notwendig etwas vom Charakter eines Judiziums an.

Von ähnlichen Vorstellungen geht die These der Interessenjurisprudenz aus, in den Normen seien die streitenden Interessen vom Gesetzgeber 'entschieden'.

Beachtlich ist insbesondere eine Auffassung, welche das Gesetz als Entscheidungsrichtlinie ansieht. [6] Ist es doch das Vorhaben der Gesetze, in der Rechtsprechung die Gleichmäßigkeit [7] und die Rechtssicherheit zu garantieren [8],

---

1) Oertmann 1/50.

2) Siehe dazu u. S. 104.

3) Siehe oben S. 3.

4) Die Gesetze dienten zwar einst der Eindämmung und Abschaffung des Absolutismus, wurden dann aber die Erben von dessen Herrschaftsverlangen.

5) Hatschek 113, 119.

6) C. Schmitt 1/111, Sander 299-301; vgl. schon Bülow 1/: "Das Gesetz erteilt nur eine Anweisung, wie die Rechtsordnung eingerichtet werden soll." Ähnl. Esser 4/256: "Die Gesetzesnormen sind nur 'Modelle' für einen richterlich zu bildenden Gebotsinhalt."
Gegen derartige Gedanken Boehmer 163 (contra Gesetz als Lebensplan).

7) C. Schmitt 1/111; Goodhart 1/61.

8) Stampe 4/11.

eine Aufgabe, derer Schwierigkeit und Bedeutung bei einer so großen Richterzahl wie in Deutschland beträchtlich sind. Nachdem der Kodifikationsoptimismus verflogen ist, kann man wohl folgendem Gedanken beistimmen: Dem Gesetz wohnt nicht die Majestät des Befehls inne, sondern es gibt eine Freiwilligkeit des Rechts als einer demokratischen und vom Richter mitzuverantwortenden Selbstbestimmung. [1]

Die Tragweite des Gesetzes

Wenn man das Gesetz in seiner Eigenschaft als Entscheidungsgrundlage betrachtet, so ist die wichtigste Frage: In welchem Maße vermag es den Richter bei der Urteilsfindung zu leiten? Diese Frage geht aller Diskussion um Notwendigkeit und Existenz außergesetzlicher Entscheidungsgrundlagen voraus.

Die Antworten sind denkbar verschieden, und nur allmählich verlieren gewisse Extrempositionen - Erben der Lehren des spateren 19. Jahrhunderts - an Anerkennung. Verhängnisvoll ist das folgende Dogma gewesen:
Das Gesetz sei seinem eigentlichen Wesen nach nicht eine Summe geschriebener Rechtssätze, sondern ein System ungeschriebener Prinzipien, von denen jene geschriebenen Rechtssatze nur einzelne Anwendungsfälle bedeuten. In den Motiven zum BGB ist gesagt [2]:

> "Das BGB muß im Bedarfsfalle aus sich selbst, aus den in ihm enthaltenen Rechtssysteme ergänzt werden. Es enthält nicht eine tote Masse nebeneinandergestellter Rechtssätze, sondern ein organisches Gefüge innerlich zusammenhängender Normen.
> Die ihnen zu Grunde liegenden Prinzipien tragen den Keim weiteren Ausbaus in sich."

Zum Beispiel: Aus dem Rücktrittsrecht bei Verzug (§ 326 BGB) wird das Prinzip, daß jede Vertragsverletzung, welche den Vertragszweck gefahrdet, zum Rücktritt berechtigt (Staub), die Rechtssätze über die Behandlung wesentlichen Geschäftsirrtums wandeln sich in die Willens- bzw. Erklarungstheorie (usw.) [3]. Gegen die Konstruktion solcher Prinzipien ist an sich wenig einzuwenden, denn sie leiten die Lückenfüllung. Nach jenem Dogma aber werden sie als Gesetzesinhalt angesehen und als gesetzeskräftig respektiert. Die Rechtsordnung ist dann nicht eine Summe authentisch fixierter Spezialnormen, die nach Tatbestand und Rechtsfolge genau begrenzt sind, sondern ein Aufbau wissenschaftlich gefundener Prinzipien, die weit genug gefaßt sind, um aus ihnen alle Spezialnormen, deren man je für Einzelfälle benötigen wird, durch einfache logische Deduktion ablei-

---

1) Arndt 1/19.
2) Amtliche Ausgabe (1896), Band I S. 16.
3) Vgl. Stampe 2/714.

ten zu können. [1]

Gegen dieses Verfahren hat sich die Lehre im Methodenstreit zu Anfang des Jahrhunderts einmütig erhoben. [2] Das Verfahren - man sprach von "Inversionsmethode" und "latentem Gesetzesinhalt" [3] - wurde verspottet [4] und widerlegt [5]. Das Zutrauen in diese Abstraktionsmethode beruht z. T. darauf, daß man glaubt, ein Gesetzgeber könne mehr Interessengegensätze entscheiden als ihm tatsächlich bei der Gesetzesschaffung vorgeschwebt haben. Diese Hoffnung ist aber eine Fiktion, da man dazu dem Gesetzgeber eine Art von prophetischer Gabe zuschreiben müßte. Der Rechtssatz gilt nur für das, was sein Urheber selbst

---

1) Zum Ganzen vgl. Stampe 2/713 f., 3/31. Stampe hat als erster kraftvoll gegen diese Lehre angekämpft.

2) G. Rümelin 1/36-38, Radbruch 1/370, Kantorowicz 1/25, Heck 2/10, 6/441, Regelsberger 1/147, Wüstendörfer 237, dort zitiert: Ehrlich, Brütt, C. Schmitt, M. Rümelin.

3) Heck 1a/1458, 2/10, Stampe 2/714, 7/179, 10/265, 12/10, heute: H. Lange 4/62.

4) Wüstendörfer (237) sprach von Rechtsprinzipien, die in der Tiefe des Gesetzes verborgen schlummern und durch die Wissenschaft zum Leben erweckt werden. Ehrlich (5/374) meinte: Wenn man ein zerknülltes Stück Papier noch so sorgfältig auseinanderlegt, bekommt es deswegen keinen größeren Umfang.

5) Stampe führt dazu aus: Das Gesetz hat den Willen der Legislative in authentischer Form zu offenbaren. Ein Wille muß geäußert, verlautbart sein, um rechtliche Bedeutung zu erlangen.
Wie ist zu beweisen, daß das Gesetz jene Prinzipien wirklich will? Der Wortlaut läßt völlig im Stich, es gibt kein logisches Hilfsmittel, den Willen des Gesetzes zu ergründen (auch nicht auf Grund der Gesetzesmaterialien). Der Wille des Gesetzes muß immer in ihm selber ausgesprochen sein. Ein latenter Gesetzeswille existiert nicht. Die Wirkungen eines Rechtssatzes können nur durch richterlichen Ergänzungssatz übertragen werden. Dieses Verfahren operiert dann nicht mit logischen, sondern mit sozialen Erwägungen (2/419, 719).
Wüstendörfer sagt: Die Lückenausfüllung durch geheime Rechtsprinzipien ist
1. unlogisch, insofern man aus einem abstrahierten Leitsatz immer nur diejenigen Einzelsätze wieder gewinnen kann, die vorher die Basis des Abstraktionsprozesses bildeten, nicht aber neue Einzelsätze,
2. sozial schädlich, insofern sie sich nicht um soziale Interessenabwägung kümmert (238).
Vgl. ferner Heck 1a/1459-1461, 10/265, Müller-Erzbach 2/3.

abgewogen hatte. [1]

Die abgelehnte Methode nimmt die Ergebnisse der Rechtswissenschaft für geltendes Recht - und hat dadurch die Wissenschaft erst zu eigenen Normvorschlägen ermutigt, wie sie in diesem Umfang wohl kein Land je gekannt hat. Nicht viele unserer 'Lehrbücher' wollen belehren oder als Darstellung informieren. Der geheime Antrieb zu manchem Buche liegt in der Aussicht, daß andere die verkündeten Meinungen für positives Recht halten werden. Dabei war die Abstraktionsmethode im 19. Jahrhundert nicht unberechtigt: Der Mangel des gemeinen Rechts an festen Rechtssätzen [2] erforderte es geradezu, das nichtformulierte Recht wissenschaftlich festzustellen und aufzuzeichnen. Durch die großen Kodifikationen entfiel aber diese Notwendigkeit (in den nur schwach legifizierten Gebieten, wie Internationales Privatrecht, Völkerrecht, besteht sie heute noch, berechtigt aber nicht zu der im Völkerrecht teilweise vorherrschenden Begriffsjurisprudenz). [3] Gegen die Ablehnung der verborgenen Rechtsprinzipien erhob sich nur ganz ge-

---

1) Ehrlich 5/367. Ehrlich schreibt dazu weiterhin: Die allgemeinsten Grundsätze (wie derjenige der persönlichen Freiheit, der Vertragsfreiheit und Unverletztlichkeit des Eigentums) sind nicht Rechtssätze, sondern politische Forderungen, die im Interesse einzelner Klassen, Stände und Berufe gestellt werden.
Diese Grundsätze sind so ungeheuer weit, daß sie, unbeschränkt durchgeführt, fast das ganze übrige Privatrecht überflüssig machen würden. ...
Ganz anders die Grundsätze, die sich durch Induktion aus anerkannten Rechtssätzen und Gerichtsentscheidungen ergeben (z.B. Verschulden im Schadenersatzrecht, Haftung für Inhalt der eigenen Erklärung).
Auch diese Grundsätze sind keine Rechtssätze, sie geben nur die Beweggründe an, die den Urheber des Rechtssatzes bei seinen Interessenabwägungen geleitet haben (5/360, 364 f.).
Demnach übersteigen eine rein logische Ableitung aus dem Gesetze stets: die Verallgemeinerung, Analogie, Induktion, Handhabung der unbestimmten Begriffe und der allgemein gesetzgebungspolitischen sowie gesetzestechnischen Grundsätze, und die Konstriktion, die ein Arbeiten mit systematischen und dialektischen Abstraktionen ist (5/436).

2) Stampe 3/31 f., vgl. a. Esser 4/145.

3) Vgl. Esser: "Der Mythos vom verborgenen Rechtsprinzip ist bis heute ein alltäglicher Gedanke geblieben" (4/2).

ringer Widerspruch. [1]

Nachklänge der abgelehnten Methode finden sich überall da, wo man sich weigert, in einer Rechtsfortbildung auch neues Recht zu sehen. Ähnlich denken jene, welche dem Gesetz 'sein eigenes Leben, losgelöst vom Gesetzgeber' [2] attestieren und es einer gewissen Fortbildung im Einklang mit der sozialen und kulturellen Entwicklung fähig [3] halten oder ihm einen wandelnden Inhalt zusprechen [4][5]. Weiter heißt es, Gesetzgebung sei - ohne Fiktion - ein Zustand. Der Gesetzgeber, der die lex nicht äußer Kraft setze, gewähre ihr tatsächlich neue Kraft, dieses zwar nicht, indem er in einen vom Text abweichenden Sinn einwillige, aber doch unter Umständen in einen früher nicht gewollten, nicht geahnten Sinn, sofern er vom Text noch gedeckt wird. [6]

---

1) Zum Beispiel Michaelis 1/396, Sohm 1021.
v. Tuhr S. XI: "Die Rechtsordnung ist ein System (!) von ineinandergreifenden (!) Normen."
Michaelis a.a.O.: "Worin anders besteht die wissenschaftliche Tätigkeit, als in der Klarlegung der dem Gesetz zugrunde liegenden allgemeinen Prinzipien behufs der zur Auslegung (?) und Ergänzung des Gesetzeswortlauts notwendigen Rechtssätze?"
Hierauf ist zu antworten:
Vornehmlich in der systematischen Darstellung des geltenden Gesetz- und Urteilsrechts und in der Beratung bei der Rechtsfortbildung, wobei evtl. dem Gesetz zugrunde liegenden Prinzipien darzulegen sind.
Indessen sind bei weitem nicht alle Prinzipien, Zwecke, Sinne usf., die man dabei zutage fördert, wirklich Prinzipien, Zwecke usf. der geltenden Gesetze. Das beweisen sich die Schriftsteller gegenseitig in manchen Kontroversen.

2) Gmür 46, 73, ähnlich Arndt 2/1276.

3) Gmür a.a.O.

4) Oertmann 1/15.

5) Vierhaus 2/25, vgl. auch Esser 4/2.

6) Manigk 2/488 f.
Auf den ersten Blick ähnlich ist es, wenn man von einem Kunstwerk anerkennt - ja sogar fordert -, daß es mehr aussage, als die Absicht seines Schöpfers hineingelegt habe. Man erklärt damit - also mit der Vorstellung, das Kunstwerk führe ein eigenes Leben, das in Sein und Inhalt unabhängig vom Künstler sei - die Erscheinung, daß verschiedene Zeitalter dem sogenannten ewigen Kunstwerk stets neue Seiten abgewönnen. Auch abgesehen davon, daß in dieser Vorstellung viel Mystifikation liegt, läßt sie sich auf die Geltung eines Gesetzbuches nicht übertragen: Dieses sollte zwar ein Kunstwerk sein, allein seine Geltung (sein normativer Inhalt) ist vom ästhetischen Gehalt verschieden und bleibt eng verknüpft mit dem ihm bewußt verliehenen Inhalt.

Das ist nichts als Fiktion. Wo willigte der Gesetzgeber ein? Es findet überhaupt keine Willensbildung statt, geschweige denn wird überhaupt ein Wille geäußert. Eine Expansion des Gesetzes über seinen sinnvoll verstandenen Text hinaus ist nicht anzuerkennen. [1]

Der Auslegung des Gesetztextes ist die Aufgabe zugewiesen, die Reichweite des Gesetzes zu bestimmen. [2] Die Beschränkung auf das, was der Gesetzgeber mit seiner Normschöpfung verbunden hatte, heißt nicht, daß die gesetzgeberischen Vorarbeiten nun das große Wort führen könnten. [3] Nicht die Vorarbeiten entscheiden, auch nicht der Gesetzeswortlaut, sondern sein Sinn. [4] Der maßge-

---

1) Saleilles (96): Die Auslegung hört da auf, "wo ihr ein bestimmter Wille nicht gegenübersteht, und zwar nicht nur ausdrücklich, sondern auch der erkennbaren Absicht nach. In einer solchen Absicht liegt die Grenzlinie, an der das Herrschaftsgebiet des Gesetzes aufhört. Jenseits dieser Linie eröffnet sich dem Richter ein beinahe unbegrenztes Feld außergesetzlicher Quellen."
Rundstein (10): "'Geist der Rechtsordnung', 'ratio legis', 'natürliche Rechtsgrundsätze' sind nur Brücken, die zur 'Natur der Sache', zur 'Wertung' gemäß dem 'sozialen Ideal', der 'Kulturentwicklung' u. dgl. führen."
Heck 3/9 äußert sich gegen die Lehre vom objektiven Sinn der Gesetze.
Lobe 2/260: Eine Vorschrift findet dort ihre Grenze, wo es sich um ganz andere Verhältnisse handelt, als das Gesetz im Auge gehabt hat.
Reinicke 1/684: Aus einer Bestimmung kann man keine Gebote herleiten, die vom Gesetzgeber nicht gewollt sind.
Und ganz unmißverständlich schon Schlossmann (32 f.): Das Gesetz hat keinen Willen, kein eigenes Denken und Wollen, ist nicht von eigenen Zwecken beseelt, kein selbständiger Organismus. Dies ist bildliche Vorstellung. Das Gesetz ist nur ein bedrucktes Blatt Papier, es kann nicht denken und wollen.

2) Walder (22): Auslegung ist die richtige Einsicht in den Inhalt und den Umfang des Geltungsbereichs der Gesetze (ähnlich Saleilles 96).

3 Das übertriebene Auswerten der Motive und Protokolle aus den Reichstagsberatungen, womit man in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts dem neuen BGB zu Leibe rückte, ist aufgegeben worden. Diese Methode wird aber wohl stets die Begleiterscheinung neuer Kodifikationen sein. Noch heute besteht mancher Kommentar eines neuen Gesetzes, insbesondere wenn er vom Referenten der Regierung verfaßt ist, aus nichts anderem als der Wiedergabe von Überlegungen aus der Ministerialbürokratie.

4) Reichel 3/65, Gmür 1/35.

bende Zeitpunkt für die Ermittlung des Sinnes ist der Erlaß des Gesetzes, die Anpassung an die Gegenwart besorgen das inzwischen entstandene Gewohnheits- und Gerichtsrecht und die eigene Abwägung des entscheidenden Richters. Die Frage nach der Tragweite des Gesetzes wird in dieser Arbeit nicht abschließend beantwortet, sowenig wie die nach dem Umfang seiner Lücken, womit sie eng verbunden ist, und ebensowenig wie die nach der Auslegung [1], womit sie nahezu identisch ist. Die Ablehnung der Methode, welche die Einzelentscheidungen aus den angeblichen Grundgedanken usw. der Gesetze deduziert, und das Bekenntnis zu der These, das Gesetz entscheide nur insoweit, als der Gesetzgeber gedacht und gesprochen hat, genügen für die Behandlung der gestellten Aufgabe.

b) Gewohnheits- und Gerichtsrecht
sind neben dem Gesetz die weiteren Bestandteile des positiven Rechts. Das Gerichtsrecht, dem die Eigenschaft als positives Recht manchmal abgesprochen worden ist, wird hier noch behandelt.

c) Die Rechtswissenschaft
liefert keine eigenen Entscheidungsgrundlagen, sondern beschreibt sie nur. Die Aufgabenbeschränkung wird von den Rechtswissenschaftlern nicht immer gern gesehen. Mit Hilfe des schillernden Begriffs einer 'Rechtsquelle' haben sie oft versucht, den Denkergebnissen einen Glanz von Rechtsetzung zu verleihen. [2]

Die Rechtswissenschaft ist nicht 'Rechtsquelle'. Sie liefert dem Juristen das Rüstzeug [3], ist ihm Lehrerin und Leiterin - insbesondere bei aller Rechtsfortbil-

---

1) S.o.S. 9.

2) Die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle:
Savigny, Thöl (zit. v. Ehrlich 5/383-392). Thöl: "Das Gesetz kann weiser sein als der Gesetzgeber." Die Weisheit ist die der wissenschaftlichen Betrachter.
Puchta (§ 16, S. 29): "Die Thätigkeit der Wissenschaft ist theils eine productive, wodurch die Wissenschaft selbst in die Reihe der Rechtsquellen eintritt." Abgeschwächt noch:
Sternberg (§ 13): Wissenschaftsrecht anstelle des sogenannten freien Rechts.
Danz (5/73 f.) Ergebnisse der Wissenschaft ähnlich dem Urteilsrecht.
Kiss (2/473 f.): Wissenschaft nur materielle Rechtsquelle nicht auch formelle wie Gerichts- und Gesetzesrecht.
Engisch (3/8): "Der Vorzug der Rechtswissenschaft, ... das Recht selbst .. mitgestalten zu dürfen."
Heck (7/177): "Auch der Wissenschaftler ist schöpferisch tätig."

3) Kritisch zum Nutzen aller Dogmatik: Kantorowicz 1/48 (positiv später in 7/VIII), E. Fuchs 4/20.

dung [1] - ohne selbst Entscheidungsrichtlinien aufzustellen. [2] [3]

## 2. Die außerrechtlichen Grundlagen

"Ein Jurist, der nicht mehr
denn Jurist ist,
ist ein arm Ding!"

M. Luther

Findet der Jurist seine Entscheidung stets im positiven Recht (also in erster Linie: im Gesetz) ? Kann der Richter sein Urteil abschließend mit Deduktionen aus dem positiven Recht begründen? Diese Fragen sind mit nein und ja zu beantworten. Es handelt sich - ungeachtet alles Streites in den letzten 60 Jahren - um eine Frage der Abgrenzung und somit weitgehend um ein Nominierungsproblem. Ist es noch Anwendung des Gesetzes bzw. eines (mittelbaren, untechnischen) Rechts, wenn der Richter Treu und Glauben, Billigkeit, Verkehrsanschauungen, gute Sitten heranzieht? Es gibt so viele Bedeutungen von 'Recht', darunter auch diese. In dieser Arbeit soll das Wort 'Recht' allerdings nur im Sinne von 'positives (gesetztes) Recht' gebraucht werden. [4] [5] Sonst kann man kein Verständnis beanspruchen, die fortgesetzte quaternio terminorum nicht vermeiden. Positives Recht sind jene Entscheidungsgrundlagen aber nicht [6], sie werden hier 'außerrechtlich' genannt. Der Richter bleibt heute weniger denn je beim positiven Recht stehen. [7]

---

1) Vgl. Ehrlich 5/393.

2) Der zuweilen gehörte Hinweis auf Rom vermag über den heutigen, wesentlich anderen Zustand nichts auszusagen.

3) Vgl. Regelsberger 152.
Windscheid (6/), mit dem drastischen Wort von der 'Verwechslung der Hebamme mit der Wöchnerin'.
Weiter: Berolzheimer 603 N. 18, Ehrlich 5/392, Reichel 3/101, Kelsen 4/75, Lehmann 24, Esser 4/244, 248, 311 (abwägend).

4) Näheres s.u. S. 32 u.f.
Höchst beachtlich ist, was die Reine Rechtslehre hierüber ausgeführt und für die Begriffserklärung geleistet hat.

5) Anders der Gebrauch in Art. 20 Abs. III GG:
Enneccerus-Nipperdey 318: "sibyllinische Formel",
Zacher 650: "mysteriöse Alternative", ähnlich Eb. Schmidt 12.

6) Vgl. bei Ehrlich 4/393.

7) Llewellyn 86: Mit einem gut durchgearbeiteten Gesetz gewinnt man keinen Ruheplatz, sondern nur einen schönen Ansatz zur Weiterentwicklung.
Saleilles 93: Das Gesetz als alleinige Entscheidungsgrundlage - eine künstliche und eingebildete Hochachtung.

Die Illusion von der Allmacht und sogar von der Lückenlosigkeit des Gesetzes (positiven Rechts) ist heute weit verbreitet, da mehrere Generationen mit dem BGB aufgewachsen sind. Wie könnte es sonst möglich sein, daß noch immer keine systematische Darstellung der außerrechtlichen Entscheidungsgrundlagen vorliegt? Schon die Freirechtslehre hatte die Zusammenfassung dieser Grundlagen - von ihr 'freies Recht' genannt - wiederholt angekündigt [1], aber doch unterlassen, obgleich sie mit der wissenschaftlichen Durcharbeit dieses ihres Hauptanliegens stand und dann fiel. Diese Zurückhaltung mutet erstaunlich an. Man kann annehmen, daß die Aufgabe die Möglichkeiten eines einzelnen leicht überschreitet. Eine Darstellung aller Materien, die den Inhalt des richterlichen Urteils bestimmen, erforderte umfassende Kenntnisse in der Wertphilosophie (insbesondere Ethik), Psychologie (für das 'juristische Denken' und das 'Rechtsgefühl'), Sozialpsychologie, Soziologie (für die Lebensordnung) u.a. [2]

---

Fortsetzung der Fußnote 7) von Seite 25:
Arndt 1/14: Der Gerechtigkeitsgrad einer Fließbandproduktion von Gesetzen ist nicht immer hoch, zuweilen sogar erschütternd gering.
C. Schmitt 1/11 (1912 !): Die Vorstellung von der 'Gesetzmäßigkeit' aller Entscheidungen kann heute als überwunden bezeichnet werden.

1) Kantorowicz, E. Fuchs, Reichel 3/59.

2) Weiteres s.u.S. 118.
Über die Schwierigkeit, das Außerrechtliche zu systematisieren: Kantorowicz (1/18): "Ergebnis der verschiedensten Kulturepochen und Lebenskreise, organisch geworden, nicht nach festem Plane erdacht, sind sie vielfach ungeprüft und ungeordnet im Bewußtsein und Unterbewußtsein zum Gebrauch niedergelegt."
V. Kraft (263): "Man darf nicht erwarten, daß sich die herrschenden Wertungen ohne weiteres in ein logisches System bringen lassen. Sie sind oft irrationale Produkte, Ergebnisse mannigfacher verschiedener, nicht einheitlicher Bedingungen.
Darum fügen sie sich nicht von selber und ohne weiteres in ein einheitliches System, und darum sind Widersprüche zwischen ihnen bei aller Verallgemeinerung durchaus nicht ausgeschlossen."
Esser (2/523): "Es sind vier Grundvorstellungen, an Hand deren sich die Transformierung präjuristischer Werturteile und Prinzipien in typische Rechtswertungen vollzieht, welche also die Anknüpfung rechtstechnischen Denkens an soziale Wertmaßstäbe erlauben:
die Rechtslogik, die naturalis ratio,
die Natur der Sache und die aequitas."
Das von Esser gegebene Rezept dürfte alles andere als leicht zu handhaben sein.

Indessen hat der Methodologe ja nur den Anwendungsbereich dieser Materien aufzuzeigen und abzugrenzen. Die inhaltliche Bestimmung kann er den einzelnen Wissenschaftszweigen überlassen. [1] Daher ist die Erfüllung der Aufgabe - auf dem juristischen Sektor - eigentlich möglich. Daß sie nicht einmal versucht wird, ist vielleicht auch ihrer Undankbarkeit zuzuschreiben: Nirgends warten so viel Vorurteil und bitterer Streit wie auf jenen teils neuen, teils auch weltanschaulich bestimmten Gebieten. Seit Jahrzehnten wird daher die Frage nach den außerrechtlichen Entscheidungsgrundlagen nur zum Thema von - allerdings zahllosen - Broschüren und Vorträgen gemacht. Den Juristen bleibt sie: ein Sonntagsproblem.

Im folgenden soll der Versuch einer Aufzählung unternommen werden. Die gewählte Reihenfolge

Werte (Gerechtigkeit, Billigkeit, Treu und Glauben, Moral u.a.)
Gesellschaftliches (Sitte, Lebensordnung, Interessen)
Juristisches (Rechtsgefühl, Rechtswissenschaft) [2]

bedeutet keine Wertung, sondern nur den Versuch einer Gruppierung entsprechend der Nähe zum richterlichen Urteil. Ein so geläufiger Begriff wie 'Natur der Sache' paßt in diese Anordnung nicht hinein, und eine sozialpsychologische Betrachtung - hier nicht durchgeführt -, welche Wert und Norm als Sozialkonventionen identifiziert, würde von der Gerechtigkeit bis zum Rechtsgefühl nichts als von der Gesellschaft vermittelte Denkinhalte erblicken.

a) Gerechtigkeit

Es mag merkwürdig anmuten, sie als 'außerrechtlich' angeführt zu sehen. Allein die Gerechtigkeit ist nicht gesetzt, sie ist nicht positives Recht. Wenn ihre Normen dennoch gelten - ja sogar als Maß des positiven Rechts - und oft zur Überwindung bestehenden Rechts führen, so erweist sich hier schon die Unentbehrlichkeit der 'außerrechtlichen' Maßstäbe. Die Qualifikation der Gerechtigkeit als - für den Richter - außerrechtliche Entscheidungsgrundlage zeigt die Fremdartigkeit dieses Begriffes, dessen Einführung von einer verbreiteten Methodologie erzwungen ist. Diese lehrt, das positive Recht sei die einzig echtbürtige Entscheidungsgrundlage für den Richter; alles übrige - in den letzten Jahrzehnten nur allmählich und widerstrebend anerkannt - bleibt der bloß geduldete Mischling eines 'Methodensynkretismus'.
(Die Ergebnisse der Rechtsprechung sind allerdings seit je weitgehend frei vom Einfluß dieser Lehren.) [3]

---

1) Ähnlich Kiss 2/417.
2) Über die Rolle der Rechtswissenschaft s. schon den vorhergehenden Abschnitt.
3) C. Schmitt 1/45: "Zum Glück ist die Methode der Praxis besser als das, was die Praxis für ihre Methode hält."

Die Vorstellung von der Gebundenheit des Richters allein an das Gesetz zwingt zu der Formulierung 'außerrechtlich'. Das herrschende Trennungsdenken - hier Gesetz (positives Recht) und dort, kaum im Notfalle verwendbar, alle übrigen Normen und Werte - läßt kaum eine andere Wahl. Und nur eine scharfe Benennung kann den Positivisten überzeugend lehren, daß er seinen Blick vor wichtigsten Bereichen verschließt. Positivistisch ist das juristische Denken geblieben; merkwürdigerweise nicht in der eigentlichen Methodenlehre und nicht in der offiziellen Methodik (Grundgesetz und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts), sondern im Denken der Juristen, und zwar in ihrer großen Mehrzahl.

Beispiel: Die 'Billigkeit' einer Entscheidung prüft man nur dort, wo man zuvor die Geltung dieses Grundsatzes - möglichst unter Bezugnahme auf Gewohnheitsrecht, Analogien zu ausdrücklichen Vorschriften - festgestellt hat.

Die Begründung der meisten Entscheidungen kommt ohne Anführung des Außerrechtlichen aus; und doch unterläßt kein Jurist die Bewertung unter solchen Gesichtspunkten. Er könnte es gar nicht, weil die Wertungen, Maßstäbe ihm - wie jedermann - stets gegenwärtig sind und alles, was ins Bewußtsein tritt, sogleich mit einem von ihnen stammenden Votum versehen wird. Diese Beurteilung ist nur bei neuartigen Sachverhalten nicht sofort parat. Sie geht allem legistischen Räsonnement voraus: man weiß die Entscheidung eines Falles, bevor man deren Begründung gefunden hat. Der Jurist, wenn ihm dieser Vorgang einmal bewußt wird, spricht dann von seinem 'Rechtsgefühl'. [1] Das Werturteil stellt sich erfahrungsgemäß unmittelbar ein. Es bedürfte einer gedanklichen Anstrengung, wenn man seine genaue Herkunft bestimmen wollte. Die Schwierigkeiten hierbei sind groß, weil die Maßstäbe - religiöse, ästhetische, moralische, rechtliche, konventionale ... - ungeschieden sind; sie konstituieren ein Bezugssystem, innerhalb dessen alle Wahrnehmung stattfindet.

Wissenschaftliche Betrachtung bemüht sich um eine Aufgliederung. Sie bleibt sich dabei bewußt, daß hier eine Einheit besteht, eine vielgestaltige, zuweilen wohl chaotische Einheit, die durch die jeweilige Einzelpersönlichkeit zusammengehalten wird.
Es bedürfte einer drastischen Denkerziehung, jemanden in die Lage zu versetzen, nur die juristischen Kategorien seines Bezugssystems zu verwenden. Nur wenige - ihre Intelligenz muß ganz außergewöhnlich hoch sein - würden ein solches Ziel erreichen. Deswegen gibt es nur wenige Positivisten, die ihren eigenen Anforderungen gerecht werden. Leicht hingegen ist es, die Begründung eines Urteils auf Argumente des positiven Rechts zu beschränken. Auf diesem Felde ist tatsächlich viel geleistet worden, und hier hat die positivistische Doktrin ihre großen Erfolge gehabt. Es wird sich in absehbarer Zukunft wenig daran ändern: Die

---

1) Näheres s. u. S. 46-49.

juristische Ausbildung vermittelt nach wie vor fast ausschließlich ein Wissen des materiellen Rechts, ohne die Methodik aufzuzeigen [1) 2)] und darauf hinzuweisen, daß auch andere Maßstäbe anzulegen sind. Mit dem Gesetz allein kann der Richter auch nicht einen einzigen Fall entscheiden; er tut es auch nicht. Die anderen - außerpositivrechtlichen - Grundlagen brauchen dem Juristen nicht oder jedenfalls kaum gelehrt zu werden: er kennt sie aus seiner Lebenserfahrung. Nur wo diese nicht ausreicht, bedarf der Jurist einer Ausbildung; z.B. der Verkehrsrichter soll selbst solche Fahrzeuge gelenkt haben, deren Verkehrsverhalten er beurteilen wird; der mit Angelegenheiten der Industrie befaßte Richter das Unternehmensleben kennen.

Der Rechtsunterricht - insbesondere in den wichtigen ersten Jahren auf der Hochschule - vermittelt nur Normenkenntnis. Der Student schließt daraus regelmäßig, es genüge, die positiven Normen logisch zu betrachten. Diesen Eindruck - er verlangt eine gewaltsame Denkumstellung von ihm - behält er gewöhnlich bei (sofern er nicht die Fakultät verläßt); die Vermutung formt sich später zur methodologischen Überzeugung. Wegen der Unmöglichkeit, eine solche Denkweise wirklich durchzuführen [3)], befolgt der Jurist seine 'Methode' nur dort, wo er sich aussprechen muß: in der Diskussion und in den Urteilsgründen.
Der Praktiker wird sich dieses Doppelspiels wohl auch bewußt. Es wird dann überlegen, ja fast spielerisch gehandhabt. Diese Erfahrung kann man bei vielen Gerichten machen: Die Beratung mit dem Berichterstatter oder in der Kammer behandelt den Fall eingehend und häufig zuerst nach Angemessenheit, Gerechtigkeit, Billigkeit ...; die 'juristische' Begründung tritt zurück, und oft wird sie ohne Diskussion dem Urteilsverfasser überlassen. (Anders natürlich dort, wo das Gesetz eine technische Regelung trifft: Vorfahrt im Straßenverkehr, Fragen des Sachenrechts u.dgl.). Bei formellen Verlautbarungen zieht sich der Jurist aber auf das positive Recht zurück. Die weiteren - und oft tragenden - Überlegungen bleiben unausgesprochen. Das verstößt gegen das grundlegende Gebot der Wahrhaftigkeit der Urteilsgründe. [4)]

---

1) Abgesehen natürlich von der 'juristischen Logik', einem kleinen Teilgebiet der Methodologie.

2) Weinkauff (früher Präsident des BGH) über die rein positivistische Erziehung der deutschen Juristen (2/1690).
S. 1696 stellt W. angesichts des mangelnden Wertgefühls vieler Juristen die Forderung nach "einer Änderung des Rechtsunterrichts und einer Änderung der Richterauslese".

3) Siehe oben S. 28.

4) Siehe oben S. 6 f.

Der Wille zur Abwendung von Maßstäben, welche neben dem positiven Recht in der Gesellschaft gelten, eine Abwendung, die so oft auch Wirklichkeit wird, hat dazu geführt, daß man die Jurisprudenz noch heute 'lebensfremd' nennt. Auch das nicht eben schmeichelhafte Bild, das (in Deutschland) ein Laie vom Juristen hat, entsteht aus der Eindimensionalität der juristischen Urteile.

Gesetz und positives Recht leisten nicht das, was ihnen immer wieder zugetraut wird. Alle in der Gesellschaft geltenden Maßstäbe sind bei der juristischen Beurteilung heranzuziehen. Der Jurist zeichnet sich nicht nur durch den ihm gegebenen Normenkodex aus, sondern berücksichtigt - wie jeder andere Bürger auch - alle Wertungen, mit welchen die Gesellschaft das Sozialverhalten belegt; hiervon kennt er die Gesetze besonders gut und versteht alle Normen unparteilich und - insbesondere - methodisch richtig anzuwenden. [1] Es ist zweifelhaft, ob es mit gelegentlichen Zitaten aus dem (wertefreudigen) Grundgesetz getan ist. Das Wissen um die Vielheit und Durchdrungenheit der Entscheidungsgrundlagen ('Pluralismus') muß bei jedem Urteil gegenwärtig sein. [2] Dann wird man in der Gerechtigkeit und den übrigen Wertmaßstäben nicht mehr eine letzte Rettung vor einem im Wortlaut zu weit gefaßten oder lückenhaften Gesetz sehen.

Der allzu vertraute Einwand der 'kühlen Skeptiker' ist hier: die Gerechtigkeit - wie Billigkeit, Moral ... - weise keine faßbaren Inhalte auf, sei nicht festlegbar, nicht objektiv, nur ein hohes Ideal, das den Weg nicht weisen könne, usw. Dem ist zu entgegnen: Alles das, was die Positivisten der Gerechtigkeit und den weiteren Werten absprechen, wird auch von den Verfechtern der Werte nicht für sie in Anspruch genommen. Die Frage ist dann, ob diese Dinge schon deswegen als Urteilsmaßstäbe ausscheiden oder nicht. Das ist nicht der Fall. Es wird auf ihrer wie der Gesetze Grundlage eine Entscheidungsnorm gebildet. Die Logik ist hierbei nicht das einzige Werkzeug [3]; die Entscheidungsnorm wird vielmehr

---

1) E. Fuchs 5/23: "Jurist ist, der das Leben und die Menschen und die Verkehrsbedürfnisse kraft methodischer Beobachtung besser versteht als der Nichtjurist."

2) Kantorowicz 7/28 f.: Der primitive Rechtsquellendualismus (Gesetzes- und Gewohnheitsrecht) muß durch geordneten und systematisch gegliederten Rechtsquellenpluralismus überwunden werden.
Esser 4/14 über den pluralistischen Charakter unserer Rechtsquellen (jedoch anscheinend nur der positiven, vgl. S. 291). Vgl. auch Brüggemann 163.

3) Vgl. hierzu das Zitat von Walder/Schopenhauer o.S. 10 sowie Weinkauff 1/27: Die logische Armatur des Gesetzes führt nur bis an den Punkt, wo die entscheidenden Wertfragen auftreten.
Ebenso Esser 4/4.

induktiv gewonnen: der Weg führt vom Einzelfall zu jenen allgemeinen Grundlagen; die Entscheidungsnorm ist dazwischen angesiedelt (vgl. über ihren abstrakt-konkreten Charakter o.S. 13). Sie ist objektiv gefaßt. [1] In ihrer Gestalt werden so schwer greifbare Maßstäbe wie Gerechtigkeit, Billigkeit objektiviert und sind nunmehr nachprüfbar. [2] Der Richter - auf seine Heranbildung verwendet der Staat Mühe und Mittel - ist Organ der Gesellschaft und deshalb berufen, die in der Gesellschaft herrschenden Wertungen festzustellen, anzuwenden und auszusprechen. Irrtümer können durch Anrufung weiterer Gerichte - z.T. bis zum Bundesverfassungsgericht - korrigiert werden, und Präjudize sind nicht bindend. Insbesondere von einer 'ständigen Rechtsprechung' wird in der Regel anzunehmen sein, daß sie die gesellschaftlichen Strömungen authentisch interpretiert. Es gibt natürlich Irrtümer, die auch in mehreren Instanzen nicht aufgeklärt werden; sie sind nicht auszuschließen - auch eine Beschränkung auf positives Recht und Logik könnte das nicht.
Nochmals: der Richter ist als Organ der Gesellschaft berufen, die in der Gesellschaft bestehenden Ordnungen und Anschauungen in der Entscheidungsnorm zu objektivieren. Seine Urteile sind der Kritik des Volkes - das ist die erste und letzte Instanz im Staate (vgl. Art. 20 Abs. II GG) - unterworfen.
Damit verliert der Streit um die Objektivität der Werte, um das Naturrecht usw. für die juristische Methodologie an Bedeutung. Im Hinblick auf die Rechtsprechung als Sozialinstitution genügt es, die Werte als Sozialphänomene zu behandeln. Ihre metaphysische Tragweite kann außer Betracht bleiben, solange dem Richter keine ebensolchen Aufgaben zugewiesen werden. Und das tut heute niemand.

Indessen muß man sagen, daß es schwer ist, über den Inhalt der Gerechtigkeit viel zu sagen; daran ändern auch die vielen Schriften hierüber nichts. 'Gerechtigkeit' - das ist eines der großen Worte der Nation, das - bei solennen Proklamationen gerne gebraucht - im Alltage neben Flagge und Hymne ruht.

---

1) Reichel 3/108, Kantorowicz 6/1241.

2) Vgl. Spiegel 1/26;
E. Huber 56 f.: Logik und Gleichheitsstreben erheben über alle Emotionen;
Boehmer 176: Die Entscheidung aus Billigkeit "strebt stets nach dem Objektiven"; ferner anderer Meinung Rümelin 5/57.
Esser (2/522) - nicht ohne Konzession an die herkömmliche Denkweise - spricht gegen "wissenschaftlich unkontrollierbare Vermengung von rechtlichen und ethischen Prinzipien, mit der man alle Fortschritte des wissenschaftlichen Positivismus preisgibt: ein System und einen Begriffsbau, die eine erste und echte Übertragungs- und Stabilisierungsarbeit darstellen, durch welche vorrechtliche Wertungen in nachprüfbare und selbst in der Interpretationskunst noch rechtlich fixierte Gesichtspunkte verwandelt werden".

Das ist sehr bedauerlich, denn das Streben nach Gerechtigkeit ist eine der ursprünglichen und starken Tendenzen des Menschen. [1]

b) Die Billigkeit

So spricht man statt von Gerechtigkeit von Billigkeit, nämlich der Gerechtigkeit des Einzelfalls. [2]

Die Entscheidungsgrundlage ist unter verschiedenen Namen im Gebrauch:

Treu und Glauben [3] (diese Worte lassen allerdings eher an die Verläßlichkeit eines Menschen denken: Dem Getreuen kann vertraut, kann geglaubt werden [4]. § 242 BGB, der eine so überaus große Bedeutung erlangt hat - eine Bedeutung, die eigentlich unabhängig vom Bestehen einer solchen Vorschrift sein sollte -, spricht nur von Treu und Glauben, so daß dieser Begriff schließlich beherrschend im ganzen bürgerlichen Recht und im Recht schlechthin geworden ist [5]):

Angemessenheit
Zumutbarkeit
Schutzwürdigkeit
(unbillige, unzumutbare) Härte
Natur der Sache (jedenfalls ein Teil dieses verschwommenen Begriffs)

---

1) Heckel (47): "Kinder weisen ein betontes Gerechtigkeitsgefühl auf, das (nach Spranger) 'mit der Struktur des Geistes' unmittelbar gesetzt ist." Ähnlich Troller 42.

2) Radbruch 5/127;
ähnlich: Gareis 30, Manigk 2/438, H. Lehmann 34; H. J. Wolff 106, 117 f., Larenz 4/§ 10 I, Esser 6/101, 4/151: Ein eigenes, materiales Billigkeitsprinzip, das man sich in Billigkeitsnormen verkörpert denkt, gibt es nicht.
Anders Brie (527): Billigkeit ist nicht identisch mit Gerechtigkeit.
Mit Bries eigener Definition (Billigkeit= die Forderung, daß das auf den konkreten Fall anzuwendende Recht der Beschaffenheit des Falles entspreche) ist nichts anzufangen. Denn was ist 'Beschaffenheit' und 'entsprechen'?

3) Mit der Billigkeit gleichgesetzt bei: BGH NJW 58/2067; RGRK 242 Anm. 4 Esser 6/99-102.
Überhaupt auf den Ausdruck 'Billigkeit' will verzichten: Wieacker 2/7.
Walder (25) hält Treu und Glauben für einen sittlichen Maßstab, er bezeichne das moralische Verhalten in der Sprechweise insb. des vermögensrechtlichen Verkehrs.

4) Larenz 4/§ 10 I.

5) Vgl. Staudinger-Weber Anm. 1, 135 zu § 242; ähnl. Walder 25.

Die Verwendung der Billigkeit in der Rechtsprechung hat einen derartigen Umfang erreicht, daß z.B. die Erläuterungen zu Staudingers Kommentar des BGB bei § 242 jetzt 1388 Seiten einnehmen. Auch der Gesetzgeber findet an diesem Maßstab wachsenden Gefallen, wie sich an der Neufassung des Familienrechts (Buch IV des BGB) ablesen läßt. Enthielt das Buch früher den Gesichtspunkt der Billigkeit außer im unverändert gebliebenen § 1300 nur in § 1361 I, so griff der Gesetzgeber von 1957 neunmal darauf zurück (§§ 1360 a, 1361 I + II, 1361 a I + II, 1381, 1382, 1383, 1649). [1]

Eines ist festzuhalten: Der Gesetzgeber mag Billigkeit, Treu und Glauben usf. noch so oft erwähnen, es mag sich Urteils- oder Gewohnheitsrecht größten Umfanges daran knüpfen - die Entscheidungsgrundlage wird dadurch nicht positivrechtlich. Das Gesetz weist hier über sich hinaus; weder liefert es einen Maßstab, noch ist das als 'billig' Qualifizierte etwas Innerrechtliches. [2] Das Zurückgreifen auf Treu und Glauben, gute Sitten und ähnliche Generalklauseln bezeichnet immer ein Versagen des technisch geformten Rechts. [3]

Diese Einsicht wird gern bestritten [4] oder umgangen [5]. Kantorowicz [6] löste dieses kleine Problem, indem er fragte:

> Wie wäre es, wenn das Gesetz nur in der einzigen Vorschrift bestünde: 'Der Richter entscheide nach billigem Ermessen' - hätten wir materielles Gesetzesrecht? Selbstverständlich nicht.

Wie wenig es überhaupt einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, um die Billigkeit im Urteil zu berücksichtigen [7], beweist wohl schon der Umfang der auf

---

1) 1961 auch in § 1708 I BGB.

2) Vgl. Esser 4/5, ferner Heck 8/224.

3) E. Jung 3/22; ähnlich Kantorowicz 1/39 f., Stampe 2/715, Michaelis 2/135; M. Rümelin 1/29, Reichel 3/97, Wieacker 2/36 (rechtsethische Durchbrüche durch das Gesetzesrecht), zustimmend Blomeyer 22; Esser 4/142, 148, 6/102, Staudinger-Weber Anm. 148 zu § 242; A. Wagner 3, BGH LM 157 B 1: "Die Verkehrssitte ist keine Rechtnorm", ebenso in Betriebsberater 56/868 f.; H. Lange 4/45, Generalklausel "gestattet Heranziehung außernormativer Elemente". M. Weber RSoZ § 8 (ethische Kategorie).

4) Berolzheimer 600 f., Danz 1/373 ff., Gmür 90 (die Letztgenannten für Verkehrssitte u.a.), wohl auch W.G. Becker 2/422 N. 119, nicht jedoch die Freirechtler, die hier zwar von 'Freiem Recht' sprechen, damit aber gerade nicht das positive Recht meinen.

5) Mit wenig sagenden Worten wie 'mittelbarer Gesetzesinhalt' (Kiss 2/475 . 'oberster Grundsatz (!)' des Schuldrechts (Larenz 4/§ 10 I).

6) 1/39 f., ähnlich Weyr 87.

7) Anders nur bei einigen starren (z.B. Form-)Vorschriften, vgl. dazu Heck 3/185, Larenz a.a.O., Esser 6/102.

diese Grundlage gestützten Rechtsprechung auf allen Gebieten des Rechts.

c) Moral

"Ius est
ars aequi et boni.
Celsus [1]

Man spricht hier auch von Ethik und Sittlichkeit. Der Ausdruck Moral ist vorzuziehen, weil die sittlichen Normen vor allem insoweit für den Richter bedeutsam werden, als sie von einer bestimmten Gesellschaft anerkannt sind (positive Moral). [2] Die Rechtswissenschaft hat einige Kraft darauf verwendet, festzustellen, wodurch sich das positive Recht von der Moral unterscheide. Das ist nicht überzeugend gelungen. [3] Hinsichtlich Ursprungs und Inhalts besteht kein grundsätzlicher Unterschied [4]: beide entstehen in der Gesellschaft (beim Recht gibt es nur für die Gesetze ein besonderes Erzeugeverfahren, nicht aber für das Gewohnheitsrecht) und haben die Reglung des Sozialverhaltens zum Inhalt. Beide Normenkomplexe sind durch enge Beziehungen verbunden, die Rechtsphilosophie, um materiale Geltungsgrundlagen für das Recht bemüht, hat immer wieder gesagt, das Recht gründe in der Moral (Sittlichkeit) [5] [6], bzw. sei von ihr durchdrungen, beide stellten eine größere Einheit dar [7]. Man kam auch zu einer Trennung. [8] Einigkeit besteht indessen wohl darüber, daß Recht, Moral, Sitte in primitiven (frühen) Gesellschaften ungeschieden sind. [9]

---

1) Corpus iuris civilis fr. 1 D. 1, 1.

2) Für diese Bedeutung von 'Moral':
Brütt 10, Radbruch 7/15, Kelsen 4/60 f.,
Del Vecchio 374, Nic. Hartmann 1/21.

3) Ein von 13 Ländern beschickter Rechtsphilosophenkongreß (1935, Paris) kam zu keinem Ergebnis bezüglich der Abgrenzung von Recht-Moral-Sitte, vgl. Kantorowicz 8/53. Über eine brauchbare Abgrenzung (gesellschaftliches Bewußtsein) s. u. S. 93 N. 1.

4) Olivecrona 39, Karstedt 25.

5 "Das Recht ist das ethische Minimum" (G. Jellinek, zustimmend Zitat von M. E. Mayer 2/62).

6) A. Merkel § 49, Radbruch 5/138, v. Laun 15, Nicolai Hartmann 1/65, Engisch 1/113 f., Verdross 30, Coing 1/17 f., Rehfeldt 2/30 f.

7) Walder 24, Karstedt 25, Düwel 30, Berber 14,
ähnl. H. Lange 1/26, vgl. auch H. Lange 2/19, Esser 4/332.

8) Somló 2/91, K. Wolff 199, Fechner 198 und die Reine Rechtslehre.

9) Brütt 24, Ehrlich 3/10 f., Somló 2/87 f., Radbruch 5/205, Del Vecchio 375, Rehfeldt 2/13 f.

Die Schwierigkeiten der begrifflichen Unterscheidung und die Gemeinsamkeit der historischen Wurzeln beweisen die engen Bindungen, die zwischen dem positiven Recht und der Moral bestehen. Schon deswegen, und ungeachtet aller rechtsphilosophischen Theorien, hat der Richter die Normen der Moral (Sittlichkeit) bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. [1)]

d) Andere Werte

als Gerechtigkeit und Moral (Sittlichkeit) haben selten Bedeutung für die Rechtsfindung. [2)]

aa) Von der Religion gesetzte Werte scheiden zumeist deswegen aus, weil es keine gesellschaftseinheitliche Religion gibt (und selbst dann, wenn an einem Rechtsstreit nur solche Parteien beteiligt sind, welche dieselbe Religion als für sich verbindlich erklären, würde sich die Mehrzahl solcher Parteien entrüsten, wenn man die Normen dieser Religion auf ihre 'weltlichen' Interessen anwendete).

Das Christentum hat durch unmittelbaren Einfluß, und insbesondere mittelbar (über Moral und die Sitte), den Inhalt der Gesetze mitbestimmt [3)], und zwar selbstverständlich auch in anderen Vorschriften als denen über Gotteslästerung (§§ 167 f. StGB) und den Feiertagsschutz. Bei Anwendung solcher Vorschriften, deren Entstehung von der Religion unmittelbar beeinflußt und deren Bedeutung nur so auszumessen ist, greift der Richter ausdrücklich oder insgeheim zu den Religionsnormen.

bb) Die Ästhetik

liefert keine Normen für menschliches Verhalten (sie enthält nur Wertungen) und liegt daher am Rande des juristischen Vorgehens. Ästhetische Anschauungen wirken allenfalls im Unbewußten auf das Urteil des Richters ein, und es hängt von

---

1) E. Jung 5/109, Reichel 3/94, 140, Walder 24, Wieacker 2/19, Weinkauff 2/1690, Westermann, zust. zit. von Arndt 1/12, Zweigert 3/pass.
Der BGH (Großer Senat für Strafsachen, BGHSt 6/52) sagt: "Die Behauptung, einer richterlichen Entscheidung dürften grundsätzlich keine ethischen Wertungen zugrunde gelegt werden, ist beklagenswert falsch, die innere Verbindlichkeit des Rechts beruht gerade auf seiner Übereinstimmung mit dem Sittengebot."

2) Siehe weiterhin Küchenhoff 1.

3) Weinkauff (2/1693) über die Stellung des BGH zu Art. 1 I[1] GG (Würde des Menschen): "Daß die menschliche Persönlichkeit auch eine religiöse Wurzel hat, wird nicht ausgesprochen, steht aber unausgesprochen hinter dieser Rechtsprechung."

der Struktur der jeweiligen Persönlichkeit ab, wieweit sie durch diese Werte beeindruckt wird und sich von ihnen leiten läßt. Wenn der Richter die Verhältnisse in einem kleinen oder größeren menschlichen Verband ordnet und das Bild, das er sich von der zukünftigen Ordnung macht, verwirklicht, so kann man vermuten, daß der ihn unter Namen wie Billigkeit, Angemessenheit u. dgl. leitende Gedanke einer Harmonie oft ästhetischen Ursprungs ist. [1]

cc) Die Kultur

> "Die Form, in der die Kultur oder die Gesellschaft als Schöpfer der Kultur ihre Forderungen innerhalb der Gemeinschaft aufstellt, ist die Kulturnorm. Unter diesen Begriff fallen die Normen der Religion, Moral und Sitte, die den Verkehr regelnden Normen und natürlich auch die Rechtsnormen."
> M.E. Mayer 2/38

Nach Ansicht von M.E. Mayer hat jede Norm des Staates zuvor schon als Kulturnorm in einer Gruppe gegolten und bezieht daher ihre Gültigkeit. [2]
Nicht viele haben die Geltung des Rechts so eng mit der 'Kultur' verknüpft. Häufig aber findet man die Aufforderung, das positive Recht konform mit der Kultur auszulegen und anzuwenden. [3]

Die Kultur ist aber nicht neben den bisher genannten (und weiteren) Werten Bestehendes. Sie ist kein eigenes Ding, sondern die Zusammenfassung aller Werte in einem Begriffe [4] [5]. Wieviel von den Werten ein Volk anerkennt und verwirklicht - soviel Kultur hat es. Die Erhebung der Kultur zum Maßstab der Rechtsfindung ist nichts anderes als die Anerkennung der Werte als Entscheidungsgrundlage.

---

1) Vgl. hierzu Triepel (diesem zust. W.G. Becker 1/55), Sternberg 178-180, Radbruch 5/§ 14,
Llewellyn 106 (dort: Systematik als Ergebnis ästhetischen Strebens, zur elegantia iuris u.a.).

2) Dagegen u.a. A. Kaufmann 68: Das sei zwar häufig, aber nicht immer der Fall.

3) Kohler 3/§§ 3,9, Wüstendörfer 264, 272, Reichel 3/110, Wieacker 3/12, Brütt 129: "Richtig ist dasjenige Recht, welches die Kulturentwicklung des Volkes nach Möglichkeit fördert."

4) Ähnl. Kantorowicz 3/20 f.

5) Das Recht, als Wertrealisation, ist selbst Teil der Kultur; vgl. Radbruch 5/131, Binder 2/744, Schönfeld 2/37, Marck 69, Hall, zit. b. Coing 2/573.

e) Die Sitte

Die Normen der Sitte sind denen des Rechts nach Erzeugung, Aufbau und Gegenstand so ähnlich, daß es nahezu unmöglich ist, einen wesentlichen Unterschied festzustellen. [1] Gleichwohl bieten viele Schriftsteller in dieser vielerörterten Frage etwas Eigenes an. Beispiel:
Rehfeldt 2/14: Sitte: zielt unmittelbar auf das ab, was man tun soll; das Recht: auf die Folgen, die eintreten, wenn jemand dies oder jenes getan hat.
Die Begriffe kann man aber ebenso gut auch auswechseln, diese These besagt also kaum etwas.

Daß man dennoch fast stets weiß, ob man eine Sitten- oder eine Rechtsnorm vor sich hat, kommt daher, daß man sich an die Qualifikation hält, die das soziale Bewußtsein der Norm gibt. Nachdem in den Frührechten Sitte und Recht ein undifferenziertes Ganzes ausmachen [2], wird auf einer gewissen Kulturstufe eine Schicht von Normen für den Fortbestand und die Entwicklung der Gemeinschaft als schlechthin entscheidend und unentbehrlich angesehen, aus der Masse der sozialen Normen herausgehoben und besonders akzentuiert. Diese Normenschicht ist das Recht. [3] Auch auf der genannten Kulturstufe findet noch ein Austausch zwischen Sitte und (insb. Gewohnheits-)Recht statt; die Normen wechseln von einem zum anderen Gebiet [4]. Hervorgerufen wird das stets durch einen Sinneswandel der Gemeinschaft. [5] Die Beziehungen zwischen den jeweils als Sitte und Recht qualifizierten Verhaltensnormen sind demnach außerordentlich eng.

aa) Die Verkehrssitte

An manchen - übrigens weithin sichtbaren - Stellen gibt das Gesetz als Maxime an: 'wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern' (§§ 157, 242 BGB). Die Verkehrssitte ist ein Unterfall der Sitte [6], nämlich die den Verkehr tatsächlich beherrschende Übung [7]. Ihre Berücksichtigung ist, wie die von Treu und Glauben, inzwischen Allgemeingut geworden. Nicht allgemein ist jedoch das Wissen, daß man hier das positive Recht verläßt. Dem BGH ist das deutlich [8]; Umschreibungen wie die folgenden stehen aber der Erkenntnis im

---

1) Walz 233; vgl. auch Radbruch 7/21.
2) S. Zitate auf S. 34.
3) Vgl. Walz 233, ähnlich Troller 62.
4) Husserl 2/24, Troller 62.
5) Husserl aaO.
6) Staudinger-Weber Anm. 148 zu § 252.
7) RGZ 55/377; Staudinger-Weber aaO.
8) BGH LM 157 (B) 1, Betriebsberater 1956/868; auch schon RG aaO.
Weiter: Enneccerus-Nipperdey 273, H. Lange 4/44

Wege:
Staudinger-Weber (Anm. 148 zu § 242): Verkehrssitte ist nicht ein rein (!) rechtlicher Maßstab; sie liegt außerhalb der unmittelbaren (!) Rechtssphäre.
H. Lehmann (24): Verkehrssitte als "objektiv-rechtlicher Hilfsbegriff". Überwunden ist die früher gehörte Meinung, wonach durch die Verweisung im Gesetz die aus der Verkehrssitte sich ergebenden Sätze zu echten Rechtssätzen würden [1]. Die Verkehrssitte, trotz ihrer Erwähnung in den §§ 157, 242 BGB, ist als Entscheidungsgrundlage - wie die Sitte - außerhalb und unabhängig vom positiven Recht. Sie ist vom Richter auch da zu berücksichtigen, wo sie nicht im Gesetz erwähnt ist. [2]

bb) Verkehrssitten bilden sich nicht nur für die Gesamtgesellschaft - auch Teilgruppen (Stände, Berufszweige, örtliche Gemeinschaften) haben ihre besonderen Umgangsregeln [3]; z.B. § 346 HGB: die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche. Sie üben, da eigens den Umständen angepaßt, einen starken Einfluß auf das Verhalten innerhalb der Gruppe und seine rechtliche Würdigung.

cc) Die guten Sitten

sind in führenden Vorschriften des BGB erwähnt: §§ 826, 138, 817. Es scheint sich indessen hier nicht um Normen der Sitte, sondern der positiven Moral [4] zu handeln, wie aus den rigorosen Folgen (Nichtigkeit oder Schadensersatz) zu entnehmen ist.

f) Andere Konventionalnormen

finden sich in den Bereichen des Brauchtums, der Mode, des gesellschaftlichen Verkehrs und anderer Konventionen. Die Abgrenzung untereinander ist eine Aufgabe spitzer Begriffe. [5] Für ein juristisches Urteil werden sie stets dann bedeutsam, wenn ein um ihre Einhaltung entbrannter Konflikt sich zu einem Rechtsstreit ausweitet, was indessen selten vorkommt. Bei der Bestimmung von Einzelumständen einer Rechtsbeziehung - etwa Art und Weise der Erfüllung eines Schuldverhältnisses - spielen sie öfter eine Rolle.

---

1) Danz 1/398, Gmür 90, Düringer 3/206; contra: Reichel 3/99.
2) Düringer 3/206.
3) H. Lange 4/44, Staudinger-Weber Anm. 148 zu § 242.
4) Lehmann 186, Enneccerus-Nipperdey 1164.
5) Vgl. Max Weber 15, RSoz § 8, Brütt 9.

g) Lebensordnung

Das Recht steht der Wirklichkeit nie als ein eigenes Wesen gegenüber. Es ist im Leben und nicht (nur) in den Köpfen seiner Betrachter. Diese These mag befremden. Der Jurist sieht gewöhnlich das Recht als einen Komplex von Normen, die nur in den Gedanken der Menschen existieren. Der Irrtum beruht auf einer Schwierigkeit unserer Auffassungsgabe: Wir müssen jedes sinnenhafte Ding erst in der Vorstellung abbilden, bevor es zum Gegenstand von Gedanken werden kann; die immateriellen Dinge (z.B. Normen, Werte), die Dinge des geistigen Seins, werden nicht mit den Sinnen erfaßt, sie sind durch Gedanken gefunden oder in Worten vermittelt. Es kommt dann leicht zu dem Irrtum, das Denken habe diese Dinge erst erzeugt. Die Verwechslung der realen mit den materiellen Dingen ('Nur Materielles ist real') ist zu einem geläufigen Fehler geworden. [1] Der Betrachter von Normen, Werten ... hält sich oft für berechtigt, vom 'äußeren' Leben abzusehen. Im 19. Jahrhundert und später hat man unter dem Eindruck idealistischer Philosophie für selbstverständlich gehalten, daß die Normen - insbesondere das Recht - dem Menschen und seinen Gemeinschaften gegenüber-träten, sein Verhalten selbstherrlich regelten, kurz: daß sie, auf eine ungeklärte (metaphysische) Weise, über ihm stünden. Richtig ist an alledem nur, daß die Normen solchen Anspruch erheben, daß dies ihr Inhalt ist. Der Mensch, sich die Frage nach der Richtigkeit seines Tuns vorlegend, sieht sich und sein Verhalten den Normen unterworfen; ihre Geltung ist dem Willen des Individuums übergeordnet. Darin besteht die Normativität von Recht, Moral, Sitte ..., nicht aber ihr ganzes Wesen und schon gar nicht ihr (ontologisches) Sein. Befreit man sich nun von dem Normativismus, so kann der Blick auf den wahren Schöpfer des Rechts fallen. Nicht der Intellekt und der Wille des Gesetzgebers, sondern die Gesellschaft selbst schafft das Recht. Wie sie leben will - so (im wohlverstandenen Sinne) ist das Recht. Ihr Wille wird erschlossen aus dem gebilligten Handeln ihrer Organe (Rechtssatzung) und dem tatsächlich geführten Leben (Gewohnheitsrecht). Dies gilt nur für demokratische Gesellschaften. Wo das Volk unter fremdem Willen zu leben hat und der diktatorische Wille nicht mit dem des Volkes übereinstimmt [2], besteht zwar auch eine Ordnung, diese kann aber nur nach einem formalen Begriffe noch 'Recht' genannt werden. Insoweit sich ein Volk selbst bestimmt, ist auch das positive Recht Ausdruck nur seines Willens. Dieser ordnet das Leben und was an der Lebensordnung abgelesen werden kann, ist Recht, Sitte, positive Moral usw. Bei komplizierten Gesellschaften gerät diese Tatsache leicht außer Sicht: Das Volk scheint sich durch die Einsetzung umfangreicher Organe seiner eingeborenen Befugnisse zu entäußern. Das noch

1) Vgl. Nicolai Hartmann 2/185.

2) Oder auch umgekehrt: denn das den Willen des Diktators billigende Volk legitimiert dessen Herrschaft.

weithin herrschende Untertanendenken sieht sich diese selbstgewählten Organe als scheinbar eigenwillig gebietenden Staat gegenüberstehen. Die mit den Staatsfunktionen betrauten Menschen verwechseln eigene und verliehene Kraft. Insbesondere in Deutschland wird wenig getan, um vom Verhältnis Bürger-Beamte den Obrigkeitsanstrich zu entfernen. Diese Irrtümer und Schwächen dürfen nicht verdecken, daß alles Recht kein Eigenleben hat. Seine Geltung folgt aus dem Volkswillen, seine Gestalt aus der Lebensordnung. Diese Überlegungen - hier nur im Hinblick auf die Entscheidungsgrundlagen angestellt - werden seit 60 Jahren in das Postulat einer 'soziologischen Rechtsfindung' gekleidet. Unter diesem und ähnlichen Namen hat sich seither fast jeder Rechtstheoretiker zur Berücksichtigung der Lebensordnung bekannt. [1)]

---

1) Wiedergegeben seien hier die Worte der ersten:
Stampe (1/372, 1893 !): "Es ist unausbleiblich, daß die Jurisprudenz ihre jetzigen spekulativen Bahnen verläßt und in den Weg der rein empirischen auf genaue Beobachtung des praktischen Rechtslebens gegründeten Forschung einlenkt."
Ehrlich 4/29: Die innere Ordnung der Verbände ist die ursprüngliche und bis in die Gegenwart grundlegende Form des Rechts.
Zitelmann 2/37: Zur "Kenntnis der positiven Gesetze muß eine breite Kenntnis des Lebens und ein heller Wirklichkeitssinn hinzukommen: Wir brauchen Männer, die die Gesetze weit, frei, human, mit vollem sozialen Verständnis anzuwenden und in der Anwendung zu ergänzen und weiterzubilden wissen."
Schon Br. Schmidt 1/17: "Der Richter verfügt, unbekümmert um das entgegenstehende Gesetz, lediglich so, wie es von den derzeitigen Lebensbedingungen der Gesamtheit gebieterisch gefordert wird."
Duguit 79, 83: Der Richter hat den Inbegriff der sozialen Gegebenheiten, als deren Produkt die 'juristische Norm' erscheint, zu durchforschen.
Gény 1/II S. 92 sec. 159: Einerseits müssen wir Vernunft und Gewissen befragen, um die Gerechtigkeit zu finden, andererseits müssen wir uns mit den Erscheinungen des sozialen Lebens befassen, um ihre Gesetze und Ordnungsprinzipien zu finden.
Sinzheimer 13: Die Rechtswirklichkeit hat neben der Rechtsordnung eine selbständige Bedeutung.
Wüstendörfer 264, 272: "Wir dürfen nur solchen Norminhalt unterstellen, daß das Gesetz im Hinblick auf die feststehende soziale Interessenlage seines Tatbestandstypus einen den heutigen Lebensverhältnissen und Kulturanschauungen angepaßten brauchbaren sozialen Zweck erhält."
Reichel 3/42: "Wer das Recht gründlich verstehen will, muß auf die tatsächlichen Verhältnisse und Bedürfnisse des Soziallebens Bedacht nehmen. Der Jurist soll zugleich 'Soziologe' sein. Zu diesem Zweck aber muß er

Man sagt auch: "Der Lebenstatbestand trägt sein subjektives Recht in sich selbst" [1]; das Versprechen erzeuge selbst Verbindlichkeit und Anspruch [2], die Normen habe man sich als in den Dingen selbst lebendig und wirkend vorzustellen [3]. Derartige Formulierungen simplifizieren und ziehen - wegen Ineinssetzung von Sein und Sollen - methodologische Angriffe nach sich: Wie kann ein

---

Fortsetzung der Fußnote 1) von Seite 40:
sie kennen und nötigenfalls studieren."
O. W. Holmes 1/1: "The life of the law has not been logic: it has been experience."
Und von den Späteren:
Llewellyn 81: "Der Laie richtet sein Handeln nicht nach Rechtsnormen, sondern nach gesellschaftlichen Normen."
Cardozo 2/123: "Die Gerichte wissen heute, daß Gesetze nicht per se und in vacuo, als Ausdruck abstrakter Prinzipien und Leitsätze für eine Idealgemeinschaft angesehen werden dürfen, sondern daß sie im Rahmen der heutigen Lebensbedingungen, wie sie uns die Arbeiten der in- und ausländischen Soziologen gezeigt haben, gesehen werden müssen."
Sowie: Spiegel 2/27, 40, 1/74, Saleilles 79, E. Jung 3/169, Danz 4/194-196, 199, 5/70, Hold-Ferneck 48, Heck 5/29, 6/439, Müller-Erzbach 4/75, E. Huber 287, Beling 69, H. Lange 2/17, Sauer 1/140, Maunz 18 f., über Ihering vgl. Heck 6/441.
Manches in der nationalsozialistischen Rechtsdoktrin: vgl. z.B. C. Schmitt 2/63, R. Höhn 78.,
Jerusalem 2/213 ff., Brusiin 14 f., Maihofer 1/108-118, 2/51.
Esser 1/142 f.: "Alles, was man bildlich den 'Ausfluß' einer 'Organisationsgewalt', 'elterlichen Gewalt', 'Gerichtsgewalt' usf. nennt, ist, wie diese 'Gewalten' selbst, Ausdruck bestehender Ordnungsgebote. Nicht, als ob Elternhaus usf. ihre rechtliche Bedeutung erst aus dem BGB und anderen staatlichen Gesetzen erhielten. Das hieße, die Verhältnisse auf den Kopf stellen. Es handelt sich um ursprüngliche vom 'Staat' vorgefundene Zellen unserer Lebensordnung."
4/331: "Die Rechtsprinzipien leben nicht in ihrer Eigenwelt, sondern folgen dem 'social trend of life'."
Fechner 202 f.: "Soziale Verhältnisse sind beide Ausdruck einer tiefer angelegten Struktur- und Gestalthaftigkeit des sozialen Seins. Zwischen dem Sozialen und dem Recht liegt keine Kluft. Das Recht stellt vielmehr einen unmittelbaren Ausdruck des Sozialen selbst dar."

1) Mendelssohn-Bartholdy 153, 160, G. Cohn 37, ferner manche Formulierung Ehrlichs.
2) Reinach 718-742 (mit weit. Lit.), Husserl 1/31, Schapp 42 f., 49.
3) Mezger 1/65.

Lebensvorgang etwas Normatives in sich tragen? Die Wertung bzw. Normierung wird ihm erst durch das Bewußtsein der Menschen verliehen. [1] Besser: Sinzheimer 48: Ideologien sind nicht ideale Konstruktionen, die keinen realen Boden haben. Sie sind reale Interessen, die sich zu rechtfertigen suchen und diese Rechtfertigung in Ideen allgemeiner Art finden. Zusammenhang zwischen Interesse und Idee:

Nicht hat das Interesse die Idee hervorgebracht, sondern die Verfolgung der Interessen löst aus dem Reservoir des menschlichen Geistes die Ideen aus.

Solche Ideen sind die Werte und Normen.

Die Beobachtung der Lebensordnung - ihrer Erscheinungen und Erscheinungsformen - ist Gegenstand der Soziologie. Diese und die Rechtswissenschaft - heute ist noch die Sozialpsychologie hinzuzunehmen - stehen zwar in engen Bindungen, bleiben aber in Aufgaben und Methoden eigenständig. Das wurde beim Aufkommen der sogenannten soziologischen Jurisprudenz (s. auch unten S. 63) oft übersehen, und man behauptete - wie gezeigt - eine Identität von Lebensvorgang und Norm. [2] Solche Aufrufe fanden die allerbreiteste Zustimmung. Die Jurisprudenz hatte wenigstens dem Namen nach eine Hinwendung zum Leben vollzogen. Ablehnung - meist in Form von Bedenken - wurde selten laut. Soweit sie sachliche Argumente vorbrachte (einige waren nur von der Lautstärke und Unüberlegtheit mancher Proklamation abgestoßen), bediente sich die Gegenmeinung vornehmlich erkenntnistheoretischer Gedanken und hielt an einem überspannten Gegensatz von Sein und Sollen fest. [3] Der Widerstand gegen die neuen An-

---

1) Coing 1/17 f., Kantorowicz 8/19.

2) Vgl. genauer:
Marck 79: Nur aus dem Einblick in die "sozialen Machtverhältnisse" können die Absichten des empirischen Gesetzgebers verstanden und kann über sie hinaus zu denen des ideellen Gesetzgebers fortgeschritten werden.
Kantorowicz 3/13: Soziologie ist die "vornehmste Hilfswissenschaft der dogmatischen Jurisprudenz" und muß "deren Arbeit Punkt für Punkt vorbereiten und ergänzen".
23: Jedoch: Jurisprudenz kann nie durch Soziologie ersetzt werden (die Jurisprudenz wertet selber).
29: "Der richtige Weg ist auch hier der kritische: der sich gleich weit entfernt hält von der alten Buchjurisprudenz, die den Tatsachen des Lebens überhaupt keine Beachtung schenkt, und von modernen Übertreibungen, die den Charakter der Jurisprudenz als einer Normwissenschaft verkennen. Dogmatik ohne Soziologie ist leer, Soziologie ohne Dogmatik ist blind.

3) Vgl. Rundstein 13, Binder 2/996, Manigk 489, Spiegelberg 78, Engisch 1/100 sowie die Reine Rechtslehre.

schauungen war im ganzen nur schwach. Und dennoch kann man nicht sagen, daß die Praxis - wie es doch das Ziel aller juristischen Überlegung ist - davon durchdrungen worden wäre. Die Gerichte stellen wohl in zunehmendem Maß Erwägungen über den gesellschaftlichen Standort ihrer Entscheidung an; doch sie tun dies nicht regelmäßig, nicht notwendig. Die soziale Einordnung bleibt ein gelegentliches Nebenbei, willkommen nur dort, wo die Begriffe die gewünschte Entscheidung nicht genügend zu stützen vermögen. Die Ableitung aus dem Gesetz unterstellten Prinzipien wird der offenen Rechtsanpassung an die Lebensordnung noch immer vorgezogen. Daher kann man das skeptische Wort Ehrlichs (1917) noch heute verstehen (5/437):

Sache der Logik der Jurisprudenz von künftigen Geschlechtern wird es sein, den Weg zu zeigen, wie die Ergebnisse der gesellschaftswissenschaftlichen Forschung in der Gesetzgebung, juristischen Literatur und Lehre und in der Rechtspflege verwertet werden sollen.

Auf wissenschaftlich gesichertem Boden werden wohl erst die Gesetzgeber, Juristen und Richter künftiger Jahrhunderte stehen.

Dieser gesicherte Boden ist jedenfalls heute noch nicht erreicht. Abgesehen von einzelnen Vorschlägen gibt es noch keine umfassende und überzeugende Methodik. Der Weg von der Lebensordnung zur Einzelentscheidung ist ebenso schwierig wie derjenige vom positiven Recht aus. Dieselbe Energie, die z.B. in den letzten hundert Jahren auf die Beschreibung der Anwendung positiven Rechts verwendet worden ist, müßte nunmehr den Fragen der Rechtsgewinnung aus der Lebensordnung zugute kommen. Das Ziel, welches mit methodisch geordnetem Denken erreichbar zu machen ist: Die richterliche Entscheidung muß den Bestand der Lebensordnung wahren, also in Übereinstimmung mit ihr ergehen. Das ist ein sehr vages Programm - wie alle leitenden Ideen -, welches durch die Methodologie konkretisiert wird. Hier sei nur gesagt, daß die Lebensordnung auch die in der Gesellschaft bestehenden Wertungen und Normierungen (einschließlich des positiven Rechts) enthält, womit alle zuvor genannten Entscheidungsgrundlagen in sie eingegliedert werden können. Danach enthüllt sich die 'Lebensordnung' aber nicht etwa als wissenschaftlicher Hilfsbegriff, und das Postulat auf ihre Berücksichtigung bei der richterlichen Entscheidung nicht als Phrase. Denn sie ist real (hat Sein in der Zeit) und reicher als die früher geschilderten Bestandteile, die man auf ihrer Grundlage auch mit verändertem Gewicht und Verhältnis sehen wird.

h) Die Interessen

sind bloß in ihrer Eigenschaft als Interessen keine Entscheidungsgrundlage. Sie sind die einzelnen in der Gesellschaft bestehenden Strebungen und damit das, was abgewogen wird, woran sich die richterliche Wertung knüpft. Der Maßstab für die Abwägung liegt außerhalb der Interessen. [1] Soweit die Interessen eine feste Ordnung ausgebildet haben, ist das nichts anderes als die Lebensordnung. Die Wertungen und Normierungen, welche die 'Interessenordnung' konstituieren, sind dann Entscheidungsgrundlage - nicht aber die Interessen selbst. Diese sind wissenschaftliches Hilfsmittel bei der Rechtsfindung - man vermag mit ihrer Begriffssprache einen Konflikt und die für ihn vorhandenen Wertungen zu beschreiben.

Eine historische Aufgabe für den Interessenbegriff, die er - soweit es ihm möglich ist - erfüllt hat, bestand darin, dem Juristen (in Deutschland) den Zusammenhang von Rechtsordnung und Lebensordnung nahezubringen. [2] Das RG drückt dieses Wissen z.B. in folgenden Worten aus:

> "Das Recht ist nicht Selbstzweck, sondern lediglich Schutz und Sicherung der Interessen der Bürger des Staates. Diese Interessen stehen daher beherrschend hinter den Rechtssätzen und Rechtsregeln, die zu ihrem Schutze dienen" (JW 22/910).

i) Die Natur der Sache

ist seit jeher ein geläufiges Wort gewesen, unter dem man sich sehr viel - zu viel - und daher, sucht man den Inhalt des Begriffs, leider nichts vorstellen kann. Zu oft ist das, was man in eine Sache hineingelegt hatte, hinterher als ihre 'Natur' ausgegeben worden.
Es dürfte kaum je gelungen sein, die 'Natur' auch nur einer Sache - und sei es der geringsten - einigermaßen zweifelsfrei festzustellen. Die Philosophie (Erkenntnistheorie) ist auch bisher nicht imstande gewesen, ein verbindliches Verfahren zur Erkenntnis eines Dinges anzugeben. Man braucht das scheinbar so klare Wort 'Natur' nur ins Deutsche zu übersetzen, um sogleich den anerkannt unklarsten Begriff vor sich zu sehen: Wesen. Der Streit darum, was an einer Situation bzw. ihren Teilen 'wesentlich' ist, macht gerade den Inhalt des juristischen Konflikts aus. Ihn mit einem Hinweis auf die 'Natur der Sache' schlichten zu wollen, bedeutete eine offenbare petitio principii. Der Richter muß den Parteien sagen, was er für die Natur (das Wesen) der ihm unterbreiteten Lebens-

---

1) Vgl. Stammler 1/725, Ehrlich 4/162, Kantorowicz 3/18, Wüstendörfer, Manigk 2/489, E. Huber 386 f., Ebenstein 173, Wieacker 3/9.

2) Über die sog. Interessenjurisprudenz s.u. S. 72-75.

beziehungen hält und warum er das tut. Noch nie aber ist jemand dadurch überzeugt worden, daß man ihn auf die 'Natur' der ihm zum Problem gewordenen Sache verwies. Soweit man indessen tatsächlich Eigenschaften eines Dings ziemlich unbestreitbar feststellen kann - eine Lampe kann leuchten, Gold glänzen ... -, handelt es sich um Trivialitäten, denen wohl kaum ein eigener Aussagesatz gewidmet wird; sie werden von jedermann vorausgesetzt. Jedes Ding hat sein Wesen, seine Natur. Aber welche -? Es ist eine ganz selbstverständliche Forderung - nämlich die nach Wahrheit -, daß sich jedes Urteil bemüht, auf das wirkliche Wesen der Dinge einzugehen. Wenn jemand sich für seine Meinung auf die 'Natur der Sache' beruft, so behauptet er lediglich, er habe die Wahrheit gefunden. Das ist stets nur Postulat und nie ein Beweis.

Etwas anderes gilt nur für Zeiten, wo die Erkenntnis nicht ausschließlich dem Wahrheitsgebot unterworfen ist, sondern an einem Ideal oder einer Ideologie ihre Grenze finden soll. [1] Am Ende solcher Zeiten - zu denen auch diejenigen methodischer Verirrungen gezählt werden können - hat der Ruf 'Zurück zur Natur der Sache !' einen guten programmatischen Sinn. Nie aber wird mit einem Hinweis auf die Natur der Sache eine Entscheidung begründet werden können.

Trotzdem ist sie zu einem der meistgebrauchten Schlagworte der Rechtsmethodik geworden. [2] Fast jeder verbindet einen anderen Sinn mit dem Wort. [3] Im ganzen läßt sich sagen: Die meisten halten den Inhalt der Natur der Sache für normativ. [4] Da Werturteile und Normen den Dingen aber erst durch den Men-

---

1) Vgl.: 1. das Schicksal von Galilei,
2. "Die Partei hat immer recht" (L. Fürnberg für die KP),
3. die gewiß nicht müßige Frage,
ob die Atombombe erfunden werden durfte.

2) Montesquieu, Rousseau (zit. v. H. Isay 1/78), Savigny, Puchta, Wächter, Unger, Bähr (zit. b. Ehrlich 4/288), Dernburg 2/I 87, Gény 1/II 88 (m. weit. Lit.), Hatschek 159, E. Jung 1/138, 3/42, Ehrlich 4/288, Reichel 3/110, 118-120, Pollak 71, Radbruch 4/pass., Esser 4/157: "Sachlogik oder Natur der Dinge", Küchenhoff 1/44 f.

3) So H. Isay 1/181.
Sie ist "keine rein tatsächlich-technische Beobachtung, sondern die für 'natürlich' angemessen, zweckmäßig gehaltene Regelung (Ordnung) der Sache" (E. Jung 1/138, ähnlich Dernburg, Kohler 1/57, Ehrlich a. a. O.).

4) Natur der Sache ist das nach Sachlage Natürliche, d. h. das derzeit Richtige, Gerechte, Kulturmäßige, Heilsame. Es läuft auf ein Werturteil hinaus, bei dem das Gefühl mitspricht (Reichel 3/110).

schen beigelegt werden, kann es die Quellen dieser Urteile nur verdunkeln, wenn man die Natur - welcher Sache auch immer - dabei anruft. [1] Die Werte und Normen in den Dingen selbst zu suchen ist wohl Nachwirkung einer allzu idealistischen Philosophie.

k) Das Rechtsgefühl

"Es ist nicht bequem,
Gefühle wissenschaftlich
zu bearbeiten."
Sigmund Freud [2]

Das Rechtsgefühl spielt in der Methodenlehre eine denkbar zwiespältige Rolle. Einerseits als 'Schöpfer des ganzen Rechts' gepriesen [4], andererseits als 'unbrauchbar' verworfen [3], hat man es mit den verschiedensten Inhalten und Prädikaten versehen. Dabei ist es zuweilen vom Gesetzgeber [5] und von der höchsten Rechtsprechung [6] verwendet worden.

Der Begriff eines Rechtsgefühls vermag sich auf die folgende Beobachtung zu stützen. Wenn dem Juristen ein Sachverhalt vorgelegt wird, so weiß er in der Regel augenblicklich eine Entscheidung dafür. Erst dann denkt er bewußt nach und sucht nach den Gründen für das ihm vom 'Rechtsgefühl' vorgeschlagene Ergebnis. Fast stets findet er eine brauchbare Begründung, das Rechtsgefühl erweist sich - wie seine Verfechter behaupten - als untrüglich. Das gilt natürlich nur für den erfahrenen Juristen. Das Phänomen 'Der Richter hat die Entscheidung früher als die Begründung' hat man bei Bartolus bestätigt gefunden [7], und viele der Neueren berichten ein gleiches von sich. [8] Eine Gegenstimme ist

---

1) Gegen Brauchbarkeit des Begriffs Natur der Sache auch H. Isay 1/81, dort wird auch die aus anderen Gründen (Positivismus) ablehnende Gemeinrechtswissenschaft vom Ende des 19. Jahrhunderts zitiert.

2) In: Das Unbehagen in der Kultur (Ausgabe der Fischer-Bücherei (1953), S. 91).

3) Loenig 28.

4) Manigk 2/490.

5) 'Gesundes Volksempfinden' in: StGB § 2 (Fassung v. 28.6.1935), Testamentsgesetz § 48 II (v. 31.7.1938).

6) RGZ 99/34, 108/200, weitere s. M. Rümelin 3/3 N. 1.

7) Savigny (Gesch. d. Röm. R. VI/136) zitiert den Bericht des Diplovataccius.

8) Kohler 2/264 ff. (1887), Unger 1/786, Schmölder 22, Gmelin 9 ff., Gmür 17, H. Isay 1/61 f. (mit Äußerungen weiterer Praktiker), Otto Bähr (zitiert von Vierhaus 1/1174, 2/41, 72, E. Fuchs 5/41), Vierhaus 2/72, C. Schmitt 1/16 f., Spiegel 2/32, Düringer 4/583, Heck 3/243 f., Sauer 1/139.

nicht bekannt. Aber auch eine überzeugende Erklärung der merkwürdigen Erscheinung findet sich nicht, dafür ist allerdings die Psychologie zuständig. Sie hängt jedenfalls eng mit dem sogenannten Rechtsgefühl zusammen. [1]

In die zutreffende Richtung zielt wohl Heck [2] mit einem Hinweis auf das Unbewußte und zeigt damit auch einen Weg zur Erforschung des Rechtsgefühls selbst. Demgegenüber gibt es Theoretiker, die im 'Rechtsgefühl' eine im Menschen waltende Kraft sehen, die sie mit dem Instinkt (der Tiere) vergleichen [3], als

---

1) So: Unger, Düringer, Sauer und die meisten der zuvor Zitierten. Anders: Vierhaus 2/72 (ohne Begründung). Ferner: H. Isay (1/67): Dies 'schöpferische Erschauen' entspringt, wie jede wahre geistige Schöpfung, aus der zentralen Seinsschicht der sittlichen Persönlichkeit.

2) "Diese intuitive Rechtsgewinnung beruht auf dem unbewußten Eingreifen aller Kenntnisse und Erfahrungen (Gesetzesinhalt und Lebensinteressen). Die Treffsicherheit hängt daher auch von dem Vorliegen dieser Vorbedingungen ab" (Heck 3/243 f., vgl. auch 9/53).
Ähnlich (wenn auch noch unexakt) äußern sich:
Manigk 2/486: Die Stimme des Rechtsgefühls ist oft keine reine Gefühlsinstanz. Bei dem erfahrenen Richter strömen im Gefühlszentrum (?) oft schnell alle Urteilsreihen, die erst nachher im Bewußtsein aufgelöst werden.
E. Fuchs 5/41: "Das die Intuition bestimmende Rechtsgefühl wurzelt stets in verallgemeinerter Erfahrung."
Reichel 4/308: Die Feststellung der gerechten Norm tritt vielfach als Schlußfolgerung aus Prämissen auf, die nicht ins klare Bewußtsein getreten sind. Dieses unbewußte Moment bezeichnet man dann als Gefühl.
Heck 3, 102: Das intuitive Urteil ist nur Mechanisierung früherer Überlegungen und daher der Aufhellung durch Überlegung fähig und bedürftig.
4/111: "Was vorliegt, sind abgekürzte Denkoperationen, ermöglicht durch Gewöhnung, durch die dauernde Einwirkung von früheren Bewußtseinsvorgängen."
Rehfeldt 2/94: Im Rechtsgefühl "spiegeln sich - uns unbewußt - die eigenen Rechtserlebnisse und damit die Sozial- und Rechtsverhältnisse der eigenen Umwelt wider".
Hirsch 413: Das sogenannte Rechtsgefühl der Juristen ist in Wahrheit nur eine Folge ihres besonders geschulten juristischen Denkens, das sie gegenüber dem unkontrollierten Eindringen systemfremder, d.h. stimmungsmäßiger Lösungsversuche immun macht.

3) Gény 2/I 80, Unger 1/786, Gmür 16, H. Isay 1/76 (ausführlich).

Intuition bezeichnen [1] oder in metaphysischen Regionen ansiedeln [2]. Die Diskussion um das Rechtsgefühl ist bisher - abgesehen von den oben im Wortlaut zitierten Bemerkungen - nur unter den Gesichtspunkten der Brauchbarkeit seiner Ergebnisse und seiner Vereinbarkeit mit dem Postulat der Rechtssicherheit geführt worden. Solange indessen nicht geklärt ist, worin dieses 'Gefühl' überhaupt besteht, sollte man nicht über seine Anwendbarkeit streiten. [3]

In seinem Namen ist zwar manche Bastion der Begriffsjurisprudenz überwunden worden, dieses historische Verdienst ermächtigt jedoch nicht, im Rechtsgefühl eine eigenständige Entscheidungsgrundlage zu sehen.
Die unter diesem Begriff zusammengefaßten Vorgänge hat die Psychologie zu erforschen. [4]

Es ist zu hoffen, daß sich das Rechtsgefühl nicht als bloßer Niederschlag von ins Unbewußte verdrängten bösen Erfahrungen, unerfüllten Wünschen erweist. Aber auch die Anknüpfung an gute Erfahrungen und erfüllte Wünsche, die aus der Erinnerung und dem Unbewußten heraus das Rechtsgefühl leiten könnten, würde es

---

1) Gény a.a.O., Pound, zitiert von Llewellyn 78, Cardozo 1/51 f., Isay a.a.O., J. Frank, zitiert von Coing 2/551, Gass 115, Brinkmann 1/314. H. Isay a.a.O.: "Die Intuition ist eine geistige Kraft, die selbständig neben der des Verstandes steht. ... ein Akt der von einem bestimmten Wertfühlen geleiteten Phantasie." Dies ist sehr fragwürdig!

2) Vgl. Gény, Walder 50: Das Wirken des Rechtsgefühls ist rational nicht erschließbar, es bleibt metaphysisch, als Schöpfung unbegreifbar. ... wie der helle Sonnenstrahl, das dunkle Gewölk durchbrechend. (!)
Ferner berufen das Rechtsgefühl als ausschlaggebende oder wichtige Instanz bei der Entscheidung:
G. Rümelin 2/13, 19, Brütt 101-112, Wüstendörfer 223, 287, 359 f.
Demgegenüber eingeschränkt und kritisch:
Hedemann 2/120, Sauer 1/I 139
sowie gänzlich ablehnend:
Bergbohm 452-472, Rumpf 2/113, Rundstein 12 f., Stier-Somlo 486 f., Müller-Erzbach 4/39, Manigk 2/490, vgl. auch Berolzheimer 609 f., Wieacker 3/9.

3) Welch unsichere Vorstellungen bisher bestehen, zeigt die Reihe der acht (angeblichen) Synonyma (M. Rümelin 3/5 f.): Rechtsbewußtsein, -überzeugung, -empfinden, -gewissen, -sinn, -instinkt, -trieb und Rechtsgefühl (ähnlich H. Isay 1/85).
Die verschiedensten psychischen Funktionen stehen hier nebeneinander und sollen dasselbe erklären.

4) Vereinzelte schon vorliegende Untersuchungen sind nicht verwertet.

für die Methodik disqualifizieren. Vermutlich wird sich das sogenannte Rechtsgefühl - wenigstens zum Teil - als ein Verfahren des menschlichen Intellekts herausstellen, das vielleicht eigenständig neben die anderen bekannten Denkverfahren tritt und das seine Inhalte aus den oben geschilderten echten Entscheidungsgrundlagen bezieht.

## C. Das Urteil

Wenn der Richter die ihm wahrscheinliche, richtige Entscheidung eines Sachverhalts gegenwärtig hat - er erlangt dieses Wissen ja stets rasch-, dann setzt das rationale Verfahren ein, in dem der Entscheidungsvorschlag als wahr bewiesen und begründet (oder - seltener - geändert bzw. aufgegeben) wird. Dieses Prüfverfahren - die Urteilsgründe sollten seine genaue Wiedergabe sein [1] - soll alle Entscheidungsgrundlagen in Betracht ziehen und bei Kollision einzelner Maßstäbe abwägen und klären, wem der Vorrang gebührt.

Es endet mit der Aufgabe des Vorschlages oder mit dem Entschluß, ihn als Urteil zu verkünden. Die Tätigkeit des Richters tritt dann aus dem - noch recht privaten - Stadium der Überlegungen heraus und umkleidet sich mit der Würde und Wirkungskraft des Organs. Die Verkündung des Urteils verändert, gestaltet die bestehenden Rechtsverhältnisse [2], genauer: die Gesellschaft betrachtet den Eingriff ihres Organs als wirksam und lebt hinfort dem Inhalt des Spruches gemäß [3]. (Ein Sich-hinwegsetzen über einen rechtskräftigen Gerichtsentscheid ist seltene Ausnahme.) Um diese Wirkungen herbeizuführen, hat der Richter willentlich das Urteil verkündet. Es ist selbstverständlich, daß nicht schon die Überlegung oder ihre Bekanntgabe, sondern erst die als Urteil gewollte Verkündung die entsprechenden Rechtsfolgen herbeiführt. [4] Die Theorie legt auf die Eigenschaft des Urteils als Willensakt großen Wert, betont sie fast unangemessen oft [5].

---

1) Siehe oben S. 6.

2) "Erst das rechtskräftige, unanfechtbare Urteil schafft Recht unter den Parteien; vorher bestand es nicht oder war in seinem Bestand völlig in Frage gestellt." Düringer 3/11; zust. H. Isay 1/25, ähnlich Wildhagen 1/484 f.

3) Für die Nachprüfung durch Rechtsmittel gilt das Entsprechende.

4) Andere - z.B. die Reine Rechtslehre - stellen nicht auf den Willen, sondern auf das äußere Verfahren ab.

5) Kantorowicz 1/20, Rumpf 2/98, 124, Oertmann 3/53, Husserl 1/17, Schwalbe 12, H. Isay 1/27, Kelsen 4/4, 198, Coing 1/248, auch Esser 4/141, 245, 256.
Ferner mehr oder weniger alle, die eine Rechtsnorm für 'Wollen', 'Willen', oder einen 'Willensakt' erklären, Stammler 2/80, ablehnend Drost 28.

Es lohnt nicht, hier auf die vielen Willensbegriffe einzugehen [1]. Widersprochen werden muß nur, wenn das richterliche Urteil durch übertriebene Betonung des Willensmoments in eine weniger greifbare Sphäre verschoben wird. Der Wille trägt die Verkündung des Urteils - wie jede andere bewußte Handlung -, ohne aber auf den Inhalt einen Einfluß zu nehmen. [2] Der Inhalt des Urteils, und auf ihn kommt es der Methodologie an, ist rational aus den materialen Entscheidungsgrundlagen zu ermitteln (zu begründen). Der Urteilsakt selbst ist der äußerlich bedeutsamste, gedanklich aber ärmste, ja sogar leere Teil der Rechtsfindung. Man denke an die 'Verkündungen' in deutschen Zivilprozessen, deren Länge und Würde lediglich durch die Begabung des verlesenden Richters zum Schnellsprechen bestimmt wird. Ein Vorwurf ist in dieser Feststellung nicht enthalten - allenfalls gegen die Vorschrift der Prozeßordnung, die eine mündliche Verkündung auch dann vorschreibt, wenn keine der Parteien anwesend ist. Das Urteil selbst, in Kraft gesetzt, ist die gültige Feststellung der im Zeitpunkt des Erlasses geltenden oder der nun geschaffenen [3] Rechtslage. Es ist, ungeachtet seiner Richtigkeit, verbindlich als Vorbild und Ausgang zu künftigem Verhalten der Beteiligten. Es besitzt normative Funktion. Das Urteil wird als Norm (Rechtssatz) gesehen. [4] Gegen diese Bezeichnung wird man nichts einwenden, sofern man mit dem Begriff der Norm nicht etwas Generelles verbinden will. (Das Urteil kann ja nur individuelle, singuläre oder konkrete Norm sein.) Es gibt zwar sehr viele Begriffe von 'Norm', und noch vielfältiger ist der Sprachgebrauch. Im Zusammenhang mit der Rechtsfindung bezeichnet man aber alles, wovon ein Sollen für den Menschen ausgeht, als normativ. Daher kann auch das Urteil - ebenso wie z.B. das Individualgesetz - als Norm begriffen werden. Der enge Zusammenhang des richterlichen Urteils mit seinen - zweifellos normativen - Entscheidungsgrundlagen wird dadurch gut ausgedrückt.

---

1) Vgl. Düringer 3/188.

2) Vgl. Unger 1/786, Somló 2/219 ff.

3) Bei Gestaltungsurteilen.

4) Kantorowicz 1/42, M.E. Mayer 1/47, Danz 4/19 ff., 45 f., Somló 2/385, Husserl 1/19, Mezger 1/40, Heck 1/247, Sauer 2/376 ff., 3/2 f. 9 f., Schwinge 1/121 ff., 2/27, Bindschedler 1/67, Ebenstein 1/124, Kelsen 4/20, 242 und die gesamte Reine Rechtslehre, Less 67, ähnlich Radbruch 6/32, anders: Nawiasky 47 (nur abgeleitete Norm).

# 2. HAUPTTEIL

# AUS DER GESCHICHTE DER METHODENLEHRE

(Mit der Darstellung einer Methodologie, die den Ausdruck 'Freie Rechtsfindung' prägte und ihr System zu sein vorgab)

## I. ABSCHNITT
## DIE FREIRECHTSLEHRE

### A.

Im Februar 1906 erschien, mit rotem Umschlag und als Flugschrift aufgemacht: Gnaeus Flavius, 'Der Kampf um die Rechtswissenschaft'. Der überraschte Jurist las:

> "In die Rechtswissenschaft ist eine neue Bewegung gekommen" (5).
> Das Freie Recht ist alles Recht, "welches unabhängig von staatlicher Macht zu gelten beansprucht" (10).
> "Das Freie Recht ist der Boden, aus dem staatliches Recht hervorgeht: Fast alle gesetzgeberischen Gedanken haben vorher als Satz des Freien Rechts existiert. Alle Kritik des staatlichen Rechts, aus der seine Fortbildung erwächst, muß begriffsnotwendig den Maßstab freiem Recht entnehmen. Aus Freiem Recht endlich muß das Gesetz in sich geschlossen werden, müssen seine Lücken ausgefüllt werden" (14).
> "'Juristischer Größenwahn', jedes erdenkliche Problem lösen zu können. Die Heroen der Naturwissenschaft haben nicht vermocht, das Problem der 3 Körper zu lösen, - Probleme von 100 Seelen löst täglich jeder Assessor' (17,18).
> Die Wissenschaft "hat die abgestorbenen Elemente des Gesetzes hinwegzuräumen und die blühenden zur Reife zu bringen. Mit alledem hört sie freilich auf, nur 'Erkennen des Erkannten' zu sein. Die Aufgabe, die ihr jetzt gestellt ist, ist größer, weniger bescheiden geworden. Sie wird 'freie Rechtsfindung', wo sie Gemeinschaftsrecht entdeckt und zur Anwendung bringt; sie erhebt sich zu freier Rechtsschöpfung, wo sie individuelles Recht hervorbringt und ihm Geltung verschafft."
> "Mit dieser Erkenntnis tritt die Rechtswissenschaft in ihre voluntaristische Phase" (20).

Die juristische Konstruktion "ist nichts als der Nachweis, daß nur die Anwendung bestimmter Rechtsbegriffe die gewollten Rechtsfolgen gewährt.

Umgekehrt besteht das beliebte ad-absurdum-Führen einer gegnerischen Konstruktion darin, daß man dem Widersacher vorhält, diese oder jene Konsequenz könne 'unmöglich' vom Gesetzgeber beabsichtigt sein, wobei die ganze Grundlage jener Annahme in der weiteren naiven und natürlich gar nicht bewußten Annahme besteht, der Gesetzgeber wolle just so, wie der Redende" (22).

"Antirationalistische Gesinnung" (23).

"Wenn die Rechtswissenschaft Freies Recht anerkennt, kann die Rechtsprechung sich nicht mehr ausschließlich auf staatliches Recht gründen!
Wenn jene schöpferisch ist, kann diese nicht länger bloß Dienerin des Gesetzes sein!
Wenn die Wissenschaft dauernd mit Lücken zu rechnen hat, kann die Praxis nicht jeden Rechtsfall rechtlich entscheiden!
Wenn der individuelle Faktor von der Theorie anerkannt wird, verliert die Praxis den Charakter der Voraussehbarkeit, der Gleichmäßigkeit!
Wenn die Theorie selber antidogmatisch wird, kann die Rechtsprechung nicht länger wissenschaftlich sein!
Wenn der Wille in dieser herrscht, kann jene nicht länger affektlos bleiben!
Kurz, die Ideale der Gesetzlichkeit, der Passivität, der Wissenschaftlichkeit, der Rechtssicherheit, der Objektivität scheinen mit der neuen Bewegung unvereinbar. Aber glücklicherweise läßt sich zeigen, daß jene Postulate teils bisher schon nicht verwirklicht worden sind, teils nicht verdienen, verwirklicht zu werden" (39).

Der historische Gnaeus Flavius war ein Römer, berühmt geworden dadurch, daß er die pontifikalen Geheimbücher veröffentlichte und dem römischen Volk die bis dahin streng gehüteten Geheimnisse der Jurisprudenz preisgab. [1]
Der Verfasser des 'Kampfes um die Rechtswissenschaft' war Hermann U. Kantorowicz. [2] Seine Schrift schloß die Vertreter einer 'modernistisch' genannten Richtung zur freirechtlichen Bewegung (Schule, Lehre) zusammen. Die Freirechtler waren eigenwillig gesinnte Männer: Es gab kein Programm und keine Organi-

1) Bülow 2/774, Klein 916, Boehmer 177.

2) 1877 (Posen) - 1940 (Cambridge),
1908 in Freiburg i. Br. habilitiert für Strafrecht, Rechtsphilosophie u. Geschichte d. Rechtswissenschaft,
1913 ao., 1923 o. Prof.,
1929 in Kiel,
1933 nach England emigriert.

sation. Erst im Jahre 1910/11 kam ein Verein 'Recht und Wirtschaft' zustande, in einer Zeit, als durch Gruppierung wie in 'Extreme' - 'Gemäßigte' Freirechtler, Soziologische - Interessenjurisprudenz u. dgl. keine Einheit mehr bestand, als die Ziele der Schule vor der Juristenwelt abgestempelt waren und der Schatten des Weltkrieges aufzog, der dann dem Methodenstreit - übrigens bis auf den heutigen Tag - das Ende setzte. Es handelte sich um einen echten Streit, dem kaum ein Jurist fernstand, der in den fünf, sechs Jahren seiner Dauer auf mehreren Kongressen verhandelt wurde, der die Tageszeitungen beschäftigte [1] und zu - sogar rivalisierenden - Aufrufen führte [2]. All das um die Frage: Wonach entscheidet der Richter, darf er vom Gesetz abweichen, und wann ? - also 'nur' eine methodologische Frage.

Kantorowicz hatte sie nicht als erster gestellt und beantwortet. [3]

Ehrlich hatte den Vortrag 'Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft' schon 1903 geschrieben, Stampe seine drei Aufsätze über die Rechtsfindung 1905. und Rumpf 1905 "Emanzipation des Richters gegen das Gesetz" und "freie Rechtsschöpfung" gefordert. [4] Die Schule - in ihrer Frühform noch von der späteren Interessenjurisprudenz ungetrennt [5] - hatte wichtige Vorläufer gehabt, in denen man am Ende des 19. Jahrhunderts eine Bewegung erblickte. [6]

---

1) Beispiele bei Gény 1/II 383.

2) Vgl. DJZ 1911/177-185, DRiZ 1911/113, 116.

3) Kantorowicz als Begründer der Freirechtsschule:
M.E. Mayer 2/19, Kanigs 1, E. Wolf 42,
a.A. Reichel 3/4o (Kantorowicz im Rahmen einer Geschichtsdarstellung ohne Belang, Erscheinung bloß anlaßgebender Art).
In der Wissenschaftsgeschichte ist aber eine Schrift, welche eine Bewegung einleitet, wohl mehr als ein unbedeutender Anlaß.
Andere als Begründer: Adickes (Binder 2/988),
Stampe (so wohl Hedemann 1/296).

4) In 1/333 ff.

5) Siehe dazu u.S. 73 f.

6) Ihering, mit seinen späteren Schriften, "Der Zweck im Recht" ("Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts."), 'Scherz und Ernst' (Verspottung der Begriffsjurisprudenz, "Begriffshimmel"),
vgl. Kantorowicz 3/12, 4/84 f., 5/7, Reichel 3/28, E. Fuchs 6/10-23.
Bülow (1/) - wenigstens so, wie man diese Schrift verstanden hatte. Bülow sah auch sich selbst - an Stelle Ehrlichs - als "Ausgangspunkt der neuen Wissenschaftsbewegung", wies aber die Ahnherrschaft für die verlästerte Freirechtslehre streng zurück, 2/780, vgl. dazu Reichel 3/33, Kanigs 2.
Kohler erklärte die Forderungen der Freirechtslehre als von ihm vorausgenommen. Kohler hatte tatsächlich in manchen eingreifenden Formulierun-

Die freirechtliche Anschauung war tatsächlich keine Erfindung der Schulbegründer. [1] Kantorowicz konnte sich dafür auf Plato berufen, dessen Ideal es war,

---

Fortsetzung der Fußnote 6) von Seite 53:
gen - die aber im einzelnen vage blieben - freirechtliche Gedanken geäußert, vgl. dazu Kohler 1/51 (1886), 4/581, Reichel 3/30.
Adickes, dessen Schrift 'Zur Lehre von den Rechtsquellen' (1872) die "subjektive Vernunft unmittelbar als Rechtsquelle" erkor und dem Gesetz entgegenstellte. Adickes trat später als Wortführer der Bestrebungen nach einer Justizreform hervor.
Vgl. dazu Kantorowicz 3/11, Reichel 3/35, Oertmann 2/44, Binder 2/988, Müller-Erzbach 3/5.
Hatschek, 1905 erschien der erste Band seines 'Englischen Staatsrechts', der in seinen methodologischen Ausführungen kaum beachtet wurde.
Es hieß da: "Wir glauben an Lücken der Rechtsordnung, die der Richter auszufüllen berufen ist, aus eigener Kraft, ohne besonderen Halt im Gesetz zu suchen. ... die freie und rechtsschöpferische Billigkeit ..." (159).
Danz, in "Laienverstand und Rechtsprechung" (1898) räumte Danz der Verkehrssitte (§§ 157, 242 des kommenden BGB), die er als Gewohnheitsrecht auffaßte, "eine eminente Bedeutung für die zukünftige Rechtsprechung" ein. "Sie sind es, die den Richter zwingen, stets mit dem realen Leben in engster Fühlung zu bleiben."
"Der Richter soll (wegen §§ 157, 242 BGB) dafür sorgen, daß die Rechtsprechung stets mit dem Leben harmonisiert. Er soll die im BGB ausgesprochenen Vorschriften nicht blindlings zur Anwendung bringen, sondern stets prüfen, ob sie mit den Anschauungen der Volksgenossen noch übereinstimmen" (126 f.).
Hier sprach sich schon die spätere freirechtliche Anschauung von der Aufgabe des Richters aus. Die Begründung aus dem BGB ist allerdings positivistisch eng.
Danz wiederholte in zahlreichen Schriften seine Thesen mit wachsender Verfeinerung. Er hat damit großen Anteil daran, daß sich die Rechtsprechung so rasch und in so unvorhergesehenem Maße der Generalklauseln bemächtigte, deren 'Anwendung' das bürgerliche Recht - durchaus in Richtung freirechtlichen Strebens - eingreifend verändert hat.
Weitere Namen für die Wegbereiter sind Dernburg, G. Rümelin, Schloßmann, Stammler, Wieland; vgl. dazu Kantorowicz 3/12, Reichel 3/32 f., Kanigs 1 f.

1) Kantorowicz sagte später (7/25):
"Ihre Vorgeschichte reicht bis ins Altertum zurück, und ihre Grundgedanken waren in irgendeiner Form immer irgendwo vertreten."

nicht die Gesetze, "sondern den mit Einsicht waltenden Richterkönig entscheiden zu lassen" [1], ferner auf Aristoteles (Billigkeit) [2], überhaupt auf die athenische Demokratie [3], die Römer (aequitas), Inder [4] und aus der Neuzeit auf Bacon, Leibniz, Portalis [5]. In Frankreich, das - seit der Einführung des code civil - zunehmend nur noch dem Scheine nach der Gewaltenteilung und de Werkzeuglehre unterworfen blieb, sah Kantorowicz das Vorbild für die Herrschaf des freien Rechts. [6] Die Geschichte der Freirechtsbewegung ist die Geschichte des Bildes von einem individualistischen Richter, Menschen [7] - und damit so alt wie z.B. die Philosophie. Sie blieb auch so umstritten wie nur eine rechtswissenschaftliche These oder eine Philosophie. Sehr wenige bekannten sich aufrichtig zu der Lehre. [8]

---

1) Vgl. Berolzheimer 696, Vierhaus 2/21, Reichel 2/468,
dagegen: E. Fuchs 3/20, abwägend 4/1. Vgl. Kantorowicz
5/7. Manigk (Freirechtsgegner) 2/483: "Plato ist durchaus freirechtlich gestimmt."

2) Siehe dazu auch Kraus 613 ff., 629, Vinogradoff.

3) Vinogradoff 84.

4) Kohler ARWP 1911/238 f.

5) Vgl. zu allen Kantorowicz 5/7-23.

6) 5/34. Wegen weiterer Vorläufer vgl. 5/38 sowie Pattai 22 ff.

7) Vgl. Gerland 1/4, 2/6, Oertmann 2/3.

8) Kantorowicz,
Stampe (der ihre Förderung als "Lebensaufgabe" bezeichnete),
Ehrlich, von dem überaus viele Gedanken der Schule stammten,
Ernst Fuchs, der sich mit einer von Nietzsche geholten Freimütigkeit und Schärfe in zahlreichen Schriften für die Schule engagierte:
'Schreibjustiz und Richterkönigtum' (1907),
'Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz' (1909),
'Juristischer Kulturkampf' (1912).
Fuchs besaß philosophische Schulung und große Suggestionskraft. Er zog damit ebenso viele an, wie er die Szientifisten durch Mangel an Zurückhaltung im Wort, an wissenschaftlicher Durchdringung und - leider - auch an Kenntnis der Allgemeinen Rechtslehre abstieß; gegen E. Fuchs : Düringer 1/, Manigk 1/265, Pattai 27 ff., Larenz 3/, für ihn (jedoch nicht uneingeschränkt): Hedemann 2/117-121, Gmelin pass., Kantorowicz 3/24, Wüstendörfer 358, Müller-Erzbach 3/8, Reichel 3/40: "Die Stärke dieses Autors bestand darin, wirkliche oder vermeintliche Mißstände aufzudecken. Zu positivem Aufbau war die, nur kritisch veranlagte Natur nicht berufen." Rumpf (4/317), Gmelin (1/passim), Wüstendörfer (1/passim).
Ferner zustimmend:
Cosack 19-21, Spiegel 2/133,
zurückhaltend, aber deutlich freirechtliche Einstellung bei Radbruch (1/) zugegeben in 5/73.

Viele sahen wohl voraus, daß die Freirechtslehre zu offen und scharf verfuhr und daher bald verfemt werden mußte. Sie wollten daher - unter Vorbehalten und Angriffen - nur den 'guten Kern' akzeptieren. [1] Die überwiegende Meinung lehnte die Freirechtslehre ab. [2]

Sehr merkwürdig an den Gegnern war: sie hatten eine Vorstellung von der Freirechtslehre, die deren wirklichem Programm kaum entsprach - und sie vergaßen ihre eigenen, eigentlichen Meinungen, wenn es hieß, die 'umstürzlerische' Bewegung zu bekämpfen. Dieses Zwiedenken bewirkte, daß viele Juristen heute - dem Namen nach - verdammten, was sie gestern und morgen - der wahren Meinung nach - guthießen.
Hierfür zwei Beispiele:

---

1) Kohler 4/581, 6/280;
Reichel 1/535, 2/467, 3/129 f., 4/293;
Düringer 4/583, 5/112;
Hedemann 3/200, 204, 206;
E. Jung 3/44: "Ich halte die Gesamtheit der sich unter dem Namen Freirechtsschule bezeichnenden kritischen Bestrebungen für fruchtbar und zukunftsreich" (1907). Im Jahre 1935 las sich das so: "Sie riß mehr nieder als nur das Abbruchwürdige. Übertriebene Verneinung, fehlende Bejahung, verstärkt durch den Umstand, daß die Freirechtler überwiegend jüdischer Abstammung waren" (E. Jung 4/170);
Danz 4/201.
Alle diese Schriftsteller sind - im wohlverstandenen Sinne (dazu s.u.) - Freirechtler.
Nicht zu diesen zählen, obwohl sie manches der neuen Lehre begrüßen:
Heck 1a/1461, Mitteis 1038-1042, Vierhaus 1/1169-1175, Brie 530-534.

2) Ablehnend äußern sich - anscheinend abgestoßen von Gnaeus Flavius und E. Fuchs -, obwohl der Stimmung nach durchaus einer Ansicht:
Bülow 2/769 ff., Unger 781 (bzw. 949), Dernburg 3/V, Stammler 1/733.
Unbedingte Gegnerstellung nehmen ein:
Landsberg 921, Michaelis 1/394, Oertmann 1/17, v. Tuhr IX-XII, Henle 3, Stier-Somlo 488, Binder 2/990 f., Pollak 70, Schönfeld 1/54, Manigk 2/477 und viele andere.
Binder 2/990 f.: "Es ist wissenschaftlicher und politischer Anarchismus, der in dieser Schule das Wort führt."
Demgegenüber Weyr (kein Freirechtler, zitiert von Ebenstein, 5): Am Ende des 19. Jahrhunderts herrschte eine Methodenanarchie in der Rechtswissenschaft.

Oertmann hielt 1908 eine Prorektoratsrede 'Gesetzeszwang und Richterfreiheit', die erklärterweise gegen die Freirechtslehre gerichtet war (2/5):

"Die Lehre der Freirechtler kann nur Unheil für unser Rechtsleben heraufbeschwören, und es gilt, ihren Lockrufen als denen falscher Propheten die Ohren zu verstopfen." Er sah die Freirechtslehre so (2/4): "Jedem einzelnen Rechtsfall soll seine besondere, ungeschriebene Ordnung gewissermaßen von Gottes Gnaden gesetzt sein."
Oertmann fand, schon das geltende Recht setze uns instande, den Sonderfall auch gesondert zu behandeln. Beispiele: unbestimmte Rechtsbegriffe und außerrechtliche Maßstäbe im BGB. Hier setze das Gesetz die vorgesehene Rechtsfolge nicht auf einen Tatbestand, sondern auf ein Werturteil (sic !), Werturteile seien außerordentlich häufig erforderlich (sic !), Lücken unendlich häufig. Die Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgeber und Richter verschiebe sich damit in bedeutsamer Weise zugunsten des Richters (!).
Die Auffassung, die das richterliche Urteil einem für den Einzelfall erlassenen Gesetz vergleicht, gewinne insofern eine Berechtigung (!).
Das Werturteil sei gemäß den herrschenden objektiven gesellschaftlichen und ethischen Anschauungen zu fällen. Die Werturteile werden nicht vorgefunden, sie sind jedesmal eine besondere Schaffenstat.
Das sind alles Hauptanliegen der Freirechtslehre. Oertmann sieht das auch selbst:
Die Freirechtsschule hat recht, wenn sie sich mit größerer Entschiedenheit als bisher üblich gegen den ausschließlichen Kultus der reinen Logik in Rechtslehre und Rechtspflege wendet, auf die Bedeutung der Werturteile und Willensentscheidungen wieder und wieder hinweist.
Dann aber: Anders, soweit die Freirechtsschule das subjektive Rechtsgefühl, das ungehemmte freie Ermessen auf den Thron erheben will oder gar dem Richter die bewußte Nichtbeachtung des Gesetzes gestattet.
Das ist ein Zerrbild ! Oertmann fährt fort:
Rechtslehre und Rechtsprechung haben Anteil an der ständigen Fortentwicklung des geltenden Recht. Aber diese schöpferische Kraft der Jurisprudenz betätigt sich unbewußt (?), durch die zwingende Kraft des auch im Richter lebenden fortgeschrittenen Rechtsgefühls (?), nicht unter bewußter Überhebung über die Vorschriften des Rechts.

---

2) (vor. S.) Hinweis: Die ausführlichsten Angaben über das Schrifttum finden sich in der einzigen systematischen Darstellung der Freirechtslehre (Kanigs' Buch kann als solche nicht bezeichnet werden, auch nicht der Abschnitt bei Boehmer): in dem Werk des Franzosen Gény 1/II, 330-403 u.ö.

Oertmann widerspricht mit der 'Fortentwicklung des geltenden Rechts' und dem 'unbewußt im Richter lebenden Rechtsgefühl' seinen zuvor aufgestellten Thesen.
Soweit die Kritik in Oertmanns Rede. Zweimal gedruckt und viel zitiert, beweist sie eigentlich nur eines: daß man gegen eine Richtung, die einem nicht 'paßt' - sei sie noch so schwach fundiert (E. Fuchs !) -, sich erst dann herauswagen soll, wenn man seinerseits über die Grundkenntnisse verfügt.

Reichel (1/535) unterscheidet eine gemäßigte und eine radikale Freirechtslehre. Diese ermächtige in gewissen Fällen zur Entscheidung contra legem (Gnaeus Flavius), zur Freiheit gegen das Gesetz.
Reichel lehnt das ab (1/535): "Oberste Richtschnur freilich ist Gerechtigkeit, aber (das) nächste Ziel ist Ordnung. Diese Ordnung ist unersetzliches Gut und darf nicht angetastet werden. Die extreme Freirechtslehre bedroht sie."
Seine wahre Meinung sagt Reichel in seinem bedeutenden Werk 'Gesetz und Richterspruch' (142):
"Der Richter ist kraft Amtes verpflichtet, von einer gesetzlichen Vorschrift bewußt abzuweichen dann, wenn jene Vorschrift mit dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit dergestalt in Widerspruch steht, daß durch die Einhaltung derselben die Autorität von Recht und Gesetz erheblich ärger gefährdet wäre als durch deren Außerachtsetzung."

Die Sünden der angeblich radikalen Freirechtslehre waren vergessen.

B.

Was hatte die Lehre gewollt ?
Ein neues Bild des Richters,
eine andere Weise der Gesetzesanwendung,
eine Erweiterung der Entscheidungsgrundlagen.
Mit allen diesen Anliegen, sosehr sie auch zur Zeit der Verkündung bekämpft wurden, hatte sie mehr oder weniger Erfolg. [1)]

1. Sie betonte die 'individualistischen, voluntaristischen' Qualitäten des Richters. Dieser sollte nicht 'Subsumtionsautomat' sein, sondern ein unter Beteiligung seiner ganzen Persönlichkeit - seines Wissens und Wollens -, selbstverantwortlich waltender Mensch, den die Gesellschaft zu ihrem Organ eingesetzt hat, nicht das leblose Sprachrohr des Gesetzes (absoluten Monarchen) sondern,

1) Siehe dazu unten S. 69 ff

der lebendige, 'freie' Mensch. Die bewundernswerte Stellung des angloamerikanischen Richters hatte zu diesem Gedanken das Ihre beigetragen, ohne daß sie bewußt als Vorbild gesetzt worden wäre [1]. Dafür war die Gerichtsverfassung auf dem Kontinent zu verschieden, der Justizapparat einfach zu umfangreich [2]. Der Richter sollte aber auch nicht ein mehr oder weniger eingegliederter Beamter sein, sondern ein unabhängiger Mann, dessen Urteil nicht nur nachvollzog, was souverän vorgedacht war, vielmehr aus eigener Anschauung den Parteien gab, was sie benötigten.

> Radbruch 3/36 f.: Die Freirechtslehre "machte sich zur Aufgabe, die Richter ihrer nicht bloß rechtsfindenden, vielmehr rechtsschöpferischen Aufgabe bewußt zu machen".

Man betonte die 'konstitutive Funktion' des Urteils und führte so die Gedanken Bülows (1/) fort.

2.

a) 'Konstitutiv' war nur ein Urteil, das nicht schon fertig im Gesetz, in der sogenannten abstrakten Rechtsordnung bereit gelegen hatte, wartend auf das erkennende Auge des logischen Deduktors.
Die Begriffsjurisprudenz hatte das Gesetz als eine 'logisch geschlossene', lückenlose Ordnung angesehen, die für jeden Fall die Entscheidung parat hielt (Dogma vom Gesetz als System ungeschriebener Prinzipien, deren einzelne Anwendungsfälle die geschriebenen Rechtssätze sind). [3]

Die Freirechtslehre - und nicht nur sie - suchte diese Überschätzung des Gesetzes zu beseitigen und seine Aussagekraft auf einen angemessenen Umfang zu beschränken. Diesen Umfang - Tragweite des Gesetzes [4] - ermittelte man durch Auslegung [5]. Die Freirechtler, wegen der vorangegangenen Überschätzung des Gesetzes nun zur Übertreibung des Gegensatzes neigend, legten das Gesetz so aus, daß es einen außerordentlich geringen Inhalt bekam [6]:

---

1) Allerdings doch bei E. Fuchs 3/221 ff.
2) Heute: Deutschland über 11.000, England 274 Richter; vgl. A. Wagner 98, Näheres s.u. S. 94.
3) Siehe oben S. 19-22.
4) Siehe oben S. 19-23.
5) Siehe oben S. 9 f.
(Fußnote 6 s. S. 60).

b) Und nicht nur das: die Anwendung des Gesetzes sollte in gewissen Fällen sogar unterbleiben. Das war die berühmte Contra-legem-These, die - in aller Offenheit vertreten - der Freirechtslehre ebenso viele Gegner einbrachte, wie sie sonst Anhänger gewonnen hätte. Sie äußerte sich in Sätzen, [1] die ein höchst zweideutiges Programm darstellten. Es verdarb der Freirechtsschule den Sieg (die offene Anerkennung) auf immer, selbst Kantorowicz wiederholte es nicht und schränkte es später ein.

Andere Freirechtler schlossen sich indessen dem Programm an. [2] Solche

---

6) Kantorowicz (1/41): Der Richter entscheidet den Fall so, "wie nach klarem Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden ist".
Stampe (2/714): "Der Wille des Gesetzes muß in ihm selber ausgesprochen sein. Der Inhalt dieses Willens ist genau derjenige, welcher sich nach den Regeln logischer Erkenntnis aus den Worten des Gesetzes ergibt. Ein latenter Gesetzeswille existiert nicht."
Ehrlich (5/367): Der Rechtssatz gilt nur für das, was der Urheber selbst abgewogen hatte.
Wüstendörfer (288): "Gesetzesauslegung im engsten Sinne des Wortes: Erkennen des schon vom Gesetzgeber Erkannten."
Gegen eine Auslegung nach dem Wortlaut:
Brie 532, Gmür 36, Manigk 2/488, M. Rümelin 4/43, Meier-Hayoz 40.

1) Kantorowicz (1/41): "Der Richter entscheidet den Fall so, wie nach klarem Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden ist. Von diesem darf und soll er absehen, sobald das Gesetz ihm eine zweifellose Entscheidung nicht zu bieten scheint, wenn es - seiner freien und gewissenhaften Überzeugung nach - nicht wahrscheinlich ist, daß die z. Z. der Entscheidung bestehende Staatsgewalt die Entscheidung so getroffen haben würde, wie es das Gesetz verlangt. In beiden Fällen soll er die Entscheidung treffen, die - seiner Überzeugung nach - die gegenwärtige Staatsgewalt getroffen haben würde. Vermag er sich eine solche Überzeugung nicht herzustellen, so soll er nach freiem Recht entscheiden. Stets soll den Parteien im Zivilprozeß freistehen, den Richter von der Pflicht der Beobachtung irgendwelcher staatlicher Normen zu entbinden."

2) Stampe (2/1017): "Wir fordern für den Richter die Befugnis zur Ergänzung des Gesetzes in unbeschränktem, zur Änderung des Gesetzes in beschränktem Maße, beschränkt in dem Maße, daß sie sich nicht weiter erstreckt, als das Interesse der Allgemeinheit unbedingt erfordert."
Rumpf (2/77): "Jede Entscheidung gegen den klaren Wortlaut ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Richter nach gewissenhafter Prüfung nicht anders kann, als zur Rettung des gesunden Ergebnisses ein Stück Rechtssicherheit zu opfern."

Äußerungen riefen einen Sturm hervor, es entzündete sich ein erbitterter Kampf, der von der Entrüstung bis zur Belehrung alle Mittel anwandte, um die Außenseiter zurückzuholen. Man schalt die Lehre 'verbrecherisch' (Henle), ihre Befolgung sei strafbare 'Rechtsbeugung'. Man sah 'Willkür' heraufziehen und fand die 'Rechtssicherheit' auf das äußerste bedroht, untergraben, vernichtet. [1] Des weiteren beriefen die Gegner die Gewaltenteilung. Die rechtsprechende Gewalt sei an die Entscheidungen der gesetzgebenden gebunden. Eine Abweichung vom Gesetz verstoße gegen diesen staatsrechtlichen Grundsatz. [2] Die neue

---

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 60:
Berolzheimer (599-601), O. Kraus (631 f.).
E. Jung (3/32): "Das überlieferte Recht wird durch das neu aus der Empfindung der konkreten Verletzung ermittelte besiegt."
Wüstendörfer (333-335), Cosack (20).
Auch Ehrlich, der in allen Schriften deutlich spüren ließ, wie sehr er das staatliche Recht verachtete, gehört in diese Reihe.
Ferner (außerhalb der Freirechtsschule, Nachweise s.u.S. 118): Br. Schmidt, Zitelmann, C. Schmitt, über die Modernen s.u.S. 68 ff., 118 f.

1) Landsberg 1/924 f., Michaelis 1/398, Gerland 1/4, Henle 20 ff., Pollak 70.
Dagegen seitens der Freirechtslehre:
Kantorowicz 1/43, O. Kraus 629 f., E. Fuchs 5/10 ff., Wüstendörfer 357 ff., Reichel 3/111.
Gegenüber dem Vorwurf des 'Subjektivismus', erhoben von allen Seiten (z.B. Oertmann 1/17), betonte Spiegel 1/26 die Objektivität der außergesetzlichen Entscheidungsgrundlagen:
"Die Antithese strenge Bindung des Richters an das Gesetz oder richterliche Willkür ist verfehlt. Gibt es keine anderen Momente, welche das Urteil des Richters bestimmen können, als das Gesetz? Die Gesetzmäßigkeit aller psychologischen und sozialen Vorgänge gilt doch wohl auch für den Richter und die Rechtsprechung. Das Urteil des Richters ist bedingt durch seine Vorbildung, durch seine Erfahrung, durch seine juristischen, wirtschaftlichen, nationalen, ethischen, religiösen Vorstellungen, Anschauungen und Überzeugungen. Er steht überdies mitten darin in einem großen Organismus. Wer sozialwissenschaftlich geschult ist, weiß, daß auch dem ungeübten Blick als willkürlich erscheinende Vorgänge (z.B. Preisbildung) nicht willkürlich sind, sondern bestimmten Gesetzen unterliegen. Wenn sich die Rechtsprechung vom Gesetz entfernt, so handelt es sich dabei nicht um richterliche Willkür, sondern das gerade Gegenteil."

2) Polak 71.

Lehre bezwecke eine Art Staatsstreich. [1]

Derart angeherrscht, blieben die Freirechtler nicht auf ihren Posten. Sie versuchten nicht ihre kühnen - durchaus nicht immer zu kühnen - Worte zu rechtfertigen, indem sie ihnen einen eingegrenzten Sinn beilegten und eine systematische Methodologie ersannen. Anscheinend etwas kopflos durch die stimmkräftige Gegnerschaft, verbeugte sich ein Freirechtler nach dem anderen vor dem gerade erst gescholtenen Gesetz-und zwar ohne zu sagen, wieweit es nun zu achten und wieweit zu ächten sei. [2]

Solche Beteuerungen und Erklärungen kamen aber zu spät: Die 'Contra-legem-Fabel' saß auf der Freirechtsschule. Sie hatte sich das z.T. selbst zuzuschreiben, denn die - durchaus mögliche - wissenschaftliche Rechtfertigung war unterblieben. Stets wenn in Zukunft von Freirechtslehre die Rede war, hieß es sogleich, daß hier freies richterliches Ermessen, unabhängig vom Gesetz, verkün-

---

1) Der österreichische Justizminister Klein:
"Die Freirechtsbewegung bezweckt nicht bloß eine wissenschaftliche, sondern auch eine politische Umwälzung, eine Art Staatsstreich, indem sie die verfassungsmäßigen Gesetzgebungsfaktoren entthronen will."

2) Kantorowicz ('Die Contra-legem-Fabel' 259):
"Ein 'freies' Richtertum hat noch niemand verlangt."
Und später (1933, 7/29): "Das Gesetz ist unübersteigliche Grenze, ranghöchste Rechtsquelle." Vgl. auch schon die 1908 erschienene 2. Auflage des 'Kampfes um die Rechtswissenschaft' (in italienischer Sprache), s. dazu Würtenberger 3.
E. Fuchs (3/11): "Der Richter steht unter dem Gesetz, niemand bestreitet das.
(5/116): "Der soziologische Jurist erkennt den Gesetzgeber über sich an. Auch das falscheste Gesetz muß angewendet werden."
In 6/7 (1922) wird die Gesetzesabweichung nicht einmal mehr erwähnt.
Stampe (4/47): Die Freirechtswissenschaft "soll das Gesetz stützen, nicht es leichtfertig entwurzeln. Aber sie soll auch dem Richter geben, was des Richters ist."
(4/28): Wann darf der Richter das Gesetz abändern? "Nur in Fällen dringender Not, und auch dann nur unter ganz besonderen Kautelen."
Es muß "bereits eine sogenannte Massenkalamität entstanden sein oder doch mit der Zeit notwendig entstehen".
Ehrlich (4/274): Die freie Rechtsfindung ist nicht frei vom Gesetz.
Ferner mäßigend: Jung (3/16 f.), Sternberg (146), Rumpf (6/14 f.).

det worden sei. [1]
Das Zurückweichen in gemäßigte Bahnen wurde nur selten vermerkt. [2] Eine ausgleichende Darstellung der nur scheinbar scharfen Gegensätze unterblieb. [3]

Trotz aller Gegenwehr ihrer Vertreter blieb die Freirechtslehre abgestempelt. In den Ohren der meisten hat die Bezeichnung 'freirechtlich' seither einen abwertenden, bösen Klang. Indessen sind die verschiedenen freirechtlichen Anliegen seit dem ersten Weltkrieg von der Rechtsprechung mehr und mehr verwirklicht worden. [4]

3. Ein Außerachtlassen des Gesetzes in bestimmten Fällen hatte Lücken im positiven Recht zur Folge; auch die Beschränkung des Gesetzinhalts auf das, was der Gesetzgeber hineingelegt hatte [5], zeigte eine These der Freirechtslehre

---

1) Stier-Somlo 514, Gerland 1/5, 38, Heck 3/160, 10/269, 12/10, Stammler 1/729, Binder 2/991, M. Rümelin 4/41 f., Llewellyn 3, Hirsch 413.
Henle (3): Die Freirechtslehre gipfelt in dem Satz: Die Anwendung des Gesetzes hat zu unterbleiben, wenn sie zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen würde.
Besonders kraß Wieacker (1/344, 1952):
"Die Freirechtslehre entwickelte die rechtspolitische Forderung, der Richter sei zur Abweichung vom Gesetz immer schon dann verpflichtet, wenn er seine Anwendung im gegebenen Fall unrichtig oder auch nur unzweckmäßig (!) finde. ... diese rechtsfeindliche Forderung."

2) Ausnahmen (aber auch erst nach 20 Jahren und später) sind: Manigk 2/484, Darmstädter 190, Boehmer 177, wohl auch Coing 1/247.

3) Immerhin schrieben:
M. Rümelin (4/42, 1930): Es ist eine "unglückliche Formulierung, wenn man ein Recht des Richters zum Ungehorsam verkündet, dies schlägt dem Prinzip der Unterordnung der richterlichen unter die gesetzgebende Gewalt ins Gesicht.
Sieht man indessen von dem Formulierungsfehler ab, so sind die sachlichen Meinungsverschiedenheiten nicht so weittragend."
Coing (1/247, 1950): Nach der Freirechtslehre ist die Entscheidung des Richters nicht völlig ungebunden, "obwohl sie den Bereich der freien Entscheidung möglichst auszudehnen suchte".
Goodhart (2/XVII f.): "The term 'free law doctrine' was an unhappy one as it led to misunderstanding, especially among those, who had not read Kantorowicz's article. It was misinterpreted to mean that a judge was always free to decide a case as he thought fit."

4) Siehe dazu unten S. 69 f.

5) Siehe oben S. 60.

in vollem Lichte:
Das positive Recht ist lückenhaft. [1]

Woraus wurde nun die Entscheidung abgeleitet, wenn das positive Recht über weite Strecken hin ausfiel? Es waren die außerrechtlichen Entscheidungsgrundlagen, die Freirechtslehre erneuerte das Bewußtsein von ihrer Geltung und Bedeutung ebenso wie das von den Lücken. Hierin gipfeln Inhalt und Verdienst der Schule. Nichts überwältigend Neues hatte sie da gefunden: Die Unvollkommenheit der Gesetze und die Wirklichkeits- und Wertverbundenheit des Richters waren seit je verkündet worden. Erst die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts hatte das Wissen darum beiseite geschoben. [2] Die Freirechtslehre war insoweit nur der stärkste Ausdruck einer um sich greifenden Wiederbesinnung.

Das geschah auf sehr verschiedenen Wegen - ja, die 'Wege' (Methoden) wurden eigentlich nur geahnt, nicht aber gezeigt und begangen. (Dem kontinentalen Juristen fällt es schwer, sich das Außerrechtliche und sein Verschlungensein mit dem positiven Recht bewußt zu machen.) Die Wendung zu diesen Maßstäben vollzog man, indem man das persönliche Moment der Rechtsfindung betonte. Man sprach von Rechtsbewußtsein, Rechtsgefühl, Intuition. [3]

Das 'Rechtsgefühl' ist keine eigenständige Entscheidungsgrundlage, sondern eine Tendenz des Menschen, die sehr oft das Rechte trifft, deren Herkunft aber bewußt gemacht werden muß (s. o. S. 46-48).
Für die psychologisch noch ganz unbewanderte Jurisprudenz der Jahrhundertwende war das nicht zu sehen, und angesichts der Stärke eines Unrechtserlebnisses

---

1) Ausführlich über Lücken s. u. S. 89 ff.

2) Reichel 1/534, 3/1, Gerland 2/6-8.

3) Düringer 4/583, Stampe 4/9, Danz 5/68, insbesondere H. Isay 1/76, 85-120.
Das bloß Subjektive läßt hinter sich
Wüstendörfer (223): "Vor die Logik, Philologik und Historik von Tatbestandssubsumtion und Gesetzesauslegung tritt als überwertiger Faktor der Rechtsfindung das sozialwissenschaftlich geklärte Rechtsgefühl des Richters."
359 f.: "Solange das Rechtsgefühl ohne spezialwissenschaftliche Verankerung und ohne methodologische Platzzuweisung blieb, konnte es sich nur als individuelles Gefühlsmoment auswirken, als ein juristischer Instinkt.
Über die Bedeutung des emotionalen Moments in der Theorie der Freirechtslehre vgl. Pattai 38 f., Coing 2/575, Wieacker 1/345.
Gegen Brauchbarkeit des Rechtsgefühls von Vertretern bzw. Freunden der Freirechtslehre wenden sich Rumpf 2/118 f., Brütt 101-112, Berolzheimer 609 f., Reichel 3/108, Hedemann 2/120.

- gerade gegenüber manchem Ergebnis der Begriffsjurisprudenz - kann man es den Reformern nicht verdenken, wenn sie das 'Rechtsgefühl' in den Rang einer 'Rechtsquelle' erhoben [1]. Sie blieben auch nicht dabei stehen. [2] [3]

---

1) Die Gegner schalten das 'Gefühlsjurisprudenz':
Rundstein 12, Manigk 2/489 f. Ferner unterstellen der Freirechtslehre, mehr oder weniger nach 'Gefühl' zu entscheiden: Larenz 5/106, Dahm 2/130: Die Freirechtsbewegung, deren Anhänger "darin übereinstimmten, daß sie die Entscheidung des Rechtsfalls dem schöpferischen Willensakt des Richters, seinem Wertempfinden und Rechtsgefühl überließen." (!)

2) Stampe (2/717): "Da die Rechtsordnung eine Ordnung sozialer Verhältnisse ist, kann ihr Inhalt nur durch soziale Erwägungen gefunden werden."
Kantorowicz (1/34): Zusammenwirken von Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft.
Kantorowicz äußerte später kritisch über die Vertreter einer 'soziologischen' Jurisprudenz (über Ehrlich und Ignaz Kornfeld): "Extremist Austrian school of legal sociologists who described law as a confused mixture of rules and social conditions" (8/19).
Danz (3/566): "Der Kern der neuen Bewegung geht dahin, daß von den Juristen die Anschauung des Lebens bei Betrachtung und Anwendung der Gesetze in den Vordergrund gerückt wird."
E. Fuchs (3/1-25).
Rumpf (8/41): "Für die vollrechtswissenschaftliche Auffassung bedeuten Grundlegung und Ausbau der Rechtssoziologie nicht Geringeres als überhaupt die Möglichkeit der Vollrechtswissenschaft als Wissenschaft, ihre Sicherstellung als Theorie. Man kommt mit dem 'lebenden Recht' nicht früher wahrhaft zu Rande, ehe man nicht ins reine gekommen ist über das menschliche Zusammenleben, über Gesellschaft."
Wüstendörfer (250): "Aufgabe soziologischer Rechtsfindung aus dem Gesetz ist es, einen brauchbaren sozialen Zweck der Gesetzesnorm zu ermitteln und aus ihm Rückschlüsse zu ziehen auf den Inhalt der gesuchten Norm."
Später: Sauer 1/140.

3) Eine Stelle von E. Fuchs - zugleich als Beispiel für seinen polemischen Stil - im Wortlaut (5/117 f.): "Der Soziolog geht - umgekehrt wie der Begriffsjurist - von einer eingehenden Ergründung der Tatsachenwelt aus, dann gewinnt er sein Ergebnis durch sachliche, wirtschaftlich-ethische Erwägungen, und erst dann sieht er zu, ob ihn das Gesetz daran hindere und ob eine bewährte Judikatur oder Überlieferung wirklich einen so gelagerten Fall treffe.
Der Begriffsjurist hingegen stürzt sich mit einem kurzen Tatbestandsgerippe auf die Bibliothek. Er behält sich nicht, wie der Soziolog, sein Rechtsgefühl bis zu einer eindringlichen Durchforschung der tatsächlichen

Die Beobachtung der Gesellschaft in ihren Strömungen - von der Freirechtslehre allerdings mehr gefordert als geleistet - führte so zur Aufdeckung der 'Lebensordnung' als Entscheidungsgrundlage. Die Erwartungen, Bedürfnisse und Gebräuche der Mitglieder in großen und kleinen Gruppen sollten das Urteil mitbestimmen. Das war der Kern des Strebens nach sozialwissenschaftlicher Durchdringung des Rechts, nach einer gesellschaftsgerechten Rechtsfindung. (Man nannte das - fälschlich - zuweilen Soziologie). 1)

Die Beobachtung der Gesellschaft erschöpfte sich aber nicht im Ermitteln der Gewohnheiten, also des äußeren Gebarens. Auch die Anschauungen der Gesellschaft über ihr Recht, insbesondere über ihre Werte, sollten den Richter leiten. (Die Hinwendung lediglich zu den Gebräuchen wäre - mangels deren normativen Gestaltung - bald auf eine Korrektur der Sitten hinausgelaufen, und der Richter hätte statt der Gesellschaft zu dienen, sie nach einem aus unbewußten oder autoritären Quellen bezogenen Bild 'ausgerichtet'.)

Die Werte sollten dem 'Gesamtbewußtsein' entnommen werden - und nicht einer parteilichen Weltanschauung. Darüber waren sich die Freirechtler einig.
Die Rechtsfindung begründete sich damit als sozialkonform wertendes Verfahren. 2)

---

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 65:
und soziologischen Grundlage des Falles vor, sondern bis er mit seinem fleischlosen Tatbeständchen alle Kommentare, Spruchsammlungen und Jahrbücher durchgemustert hat. Und dann ist all sein Bestreben darauf aus, für seinen Fall das Massenquartier einer herrschenden Meinung oder die Uniform eines Präjudizes zu entdecken."

1) Ehrlich (4/19): "Jede Art der Jurisprudenz gehört den Gesellschaftswissenschaften an. Die eigentliche Rechtswissenschaft ist ein Teil der theoretischen Gesellschaftswissenschaft, der Soziologie."
Gegen ihn und exakt: Kantorowicz (wörtlich zitiert o.S. 42);
Reichel 3/42: "Die Soziologie ist eine unentbehrliche Hilfswissenschaft der Jurisprudenz; eine soziologische Methode der Jurisprudenz aber ist ein Unding."

2) Rundstein (8): "Das Wesen der neuen Methode besteht darin, daß sie bei Entscheidung von Einzelfällen Maßstäbe aufstellt, deren Inhalt und Wesen nicht der Rechtssphäre (im positiven Sinne des Wortes) entnommen ist, die als ethische, wirtschaftliche, wohl auch als politische Werte in den Vordergrund treten."
Kantorowicz (3/23): Die dogmatische Jurisprudenz (Lehre vom Inhalt und System der Rechtsnormen) verfährt nicht - theoretisch - auf Werte beziehend, sondern wertet - als Normwissenschaft - selber.
29: Die Freirechtstheorie hat das praktische ('wertende') Element aller Dogmatik scharf herausgearbeitet - gegenüber der früheren Auffassung der Jurisprudenz als einer rein theoretischen ('wertbeziehenden') Disziplin.

Diese Lehren - über ihre Grundlagen waren sie sich selbst noch nicht im klaren - wurden alsbald mißverstanden, man wertete sie als Naturrecht und Willkür ab. [1] Von Naturrecht wie von Willkür konnte aber bei einer Rechtsfindung, die sich an die vorhandenen gesellschaftlichen Verhältnisse anschloß, keine Rede sein. Der Vorwurf ist auch in den späteren Jahren, als die Rechtsprechung die Forderungen der 'soziologischen' Schule verwirklichte, nicht mehr erhoben worden. Der Anlaß zu dem Mißverständnis lag nicht im 'freien Recht', sondern in der weltanschaulichen Haltung mancher Freirechtler (und ihrer Gegner). [2]

---

1) Kohler (7/287): Die Freirechtsbewegung "setzt das Vorhandensein eines auf Interessenabwägung beruhenden, unseren Kulturerfordernissen entsprechenden Naturrechts voraus". Es "kommen mehr oder minder verstandene naturrechtliche Grundsätze zur Anwendung".
Gerland (1/4): Die Freirechtslehre ist "die Willkür eigener Entscheidung mit dem Deckmantel soziologischer Erwägung zu verhüllen bemüht. Es wird neues Naturrecht gepredigt, das ebenso wie das alte von rein subjektiver Willkür getragen wird."
Auch C. Schmitt (1/40) und J. Goldschmidt (1/248) nennen das Freirecht Naturrecht.

2) Kantorowicz (1/13) spricht von Analogie der freirechtlichen mit der freireligiösen (entmythologisierenden) Bewegung, ebenso C. Schmitt 1/127, Reichel (3/34) nennt die Analogie 'nicht geschmackvoll'.
Henle (46) gegen Kantorowicz: "Die engsten Parallelen mit dem Freirechtlertum weist das religiöse Gebiet auf." Henle meinte eine "Bewegung, die heute unsere evangelisch-christliche Gemeinschaft durchzittert", und griff den von ihm so genannten negativen Protestantismus an (46-48): "Diesen Zeitgeist zu bekämpfen ist Pflicht des wahrhaft deutsch empfindenden, denkenden Menschen."
E. Fuchs propagierte (in Ausführungen, welche die Ausbildung betreffen) die Einführung eines konfessionslosen Moralunterrichts (1/111) und verband die Forderung nach Justizreform mit ethischen, politischen und auch religiösen Postulaten. Fuchs trug mit Düringer hierüber eine Kontroverse aus, vgl. Düringer 1/1028 ff., Fuchs' Duplik 2/, Düringers Triplik 1/1389 f. Vgl. auch E. Fuchs (4/64): "Wenn heute die Freidenker statt Gottesdienst und Konfessionshader Menschendienst, Selbsthilfe und soziale Fürsorge fordern, ...".
In 4/86 setzt Fuchs Teufelsleugnung (die noch im 18. Jahrhundert von protestantischen Theologen dünkelhaft als Unsinn bezeichnet worden sei) mit Konstruktionsleugnung gleich.

Allen Vertretern der Freirechtsbewegung gemeinsam war ein Antikonservativismus. [1] Die Zulassung einer Gesetzesabweichung durch Stampe wurde von Landsberg (924) als "Ruck nach links" und von Michaelis (1/395) als "eine Umwertung aller Werte" nach den "modern-philosophischen Lehren Nietzsches" bezeichnet. Wie wenig den Freirechtlern die Rechtswissenschaft in ihrer überkommenen Form genügen konnte, das erweist sich an der merkwürdigen Tatsache, daß sich viele unter ihnen später weitgehend anderen Forschungsgebieten zugewandt haben. [2]

C.

Dieser Rückzug war das äußere Zeichen einer Niederlage, die wohl zu den erstaunlichsten in der Geschichte der Rechtswissenschaft zählt:
Obwohl dem Namen nach verworfen, wurden die freirechtlichen Forderungen seit 1920 in zunehmendem Maße erfüllt. 1962 schrieb Larenz (5/105):

> "Mitunter hat es den Anschein, als sei die Freirechtslehre, zu der sich freilich offen heute niemand mehr bekennt, insgeheim zum Glaubensbekenntnis eines großen Teils unserer Praktiker geworden."

Die Rechtsprechung erwies das in ihren am meisten beachteten Urteilen. [3] Wenn es diese auch an der Offenlegung des Contra-legem-Charakters fehlen ließen, überhaupt nur wenige methodische Erwägungen anstellten - allenfalls die Interessenjurisprudenz wurde erwähnt -, so ist ihr, der Urteile, Inhalt doch so, daß die Streiter jener Jahre, gleich auf welcher Seite sie stehen, sie glatt 'freirechtlich' genannt hätten.

Die Freirechtsschule hatte stets behauptet, was sie verkünde, werde von den Gerichten längst geübt. [4] Das traf aber allein auf die Ergebnisse und überhaupt nur auf wenige Urteile zu: Die Ableitung von Rechtsfolgen aus Begriffen der Rechtswissenschaft und nicht des positiven Rechts, eben die tatsächlich herrschende Begriffsjurisprudenz, zeitigte damals oft auch unerträgliche Ergebnisse.

---

1) Bezeichnend hierfür die Formel bei Reichel (1/534, 2/465-467): Gegenüber dem Rechte der Vergangenheit betone die Freirechtslehre das Recht der Gegenwart und Zukunft.

2) Nämlich Kantorowicz der Soziologie und Sozialphilosophie, Ehrlich und Rumpf der Soziologie und O. Kraus der Philosophie.

3) Vgl. dazu u. S. 120 f.
Die Schriften von E. Fuchs - hierin vorzüglich - quellen geradezu über von Beispielen.

4) Radbruch 1/364, Müller-Erzbach 341.

Es muß daher auch der Freirechtslehre zugeschrieben werden, wenn die Gerichte in der Folgezeit so frei wie nur möglich mit den Gesetzen umgingen.

Die Wissenschaft ließ es nicht an Beifall dazu fehlen, lieferte sie doch die rationalen Argumente und begrifflichen Hüllen für die Umgehung manchen Gesetzes.

(Das Verhältnis Rechtswissenschaft-Rechtsprechung hat sich jedoch seit 1900 stark geändert.
Die Wissenschaft hat ihre legitimen Funktionen der Lehre und Grundlagenforschung beibehalten, aber für die Rechtsprechung viel an Bedeutung eingebüßt. Stellte sie im Zeitalter des Gemeinen Rechts noch die positiven Normen bereit, so geschah die Entfaltung der Generalklauseln - Treu und Glauben, gute Sitten usf., s. o. S. 32 - und der damit verbundene Inhaltswandel des positiven Rechts weitgehend selbständig; die Wissenschaft beobachtete, wirkte aber nicht mehr mit.)

Sie mochte manche Neuheit und Gesetzesabweichung verwerfen, sie verhinderte sie nicht. Ihre methodologischen Anschauungen fanden nicht zu Klarheit und Einheit und öffneten sich (im Gegensatz zu den Gerichten) nur langsam manchem Gedanken, der zuerst von der Freirechtsschule ausgesprochen war.
Deren Name blieb bekämpft oder wurde vergessen; ihre Lehren aber verbreiteten sich. [1]

---

1) James Goldschmidt (1/249, 1924) - ohne sich dabei auf die Freirechtsschule zu berufen oder sich von ihr abzusetzen -:
"Rebus sic stantibus halte ich die Befreiung des Richters von der vorbehaltlosen Unterwerfung unter das Gesetz für das einzige staatsrechtliche Mittel, um das Recht gegen den Absolutismus des Parlaments und der Mehrheit sicherzustellen."
Hedemann (3/204 f., 1927): Im Verhältnis Gesetz-Richter "hat die Freirechtslehre einen klaren Sieg errungen. Die Juristen der Gegenwart sehen das Gesetz mit ganz anderen Augen an als die Pandektisten um die Mitte des 19. Jahrhunderts, ohne daß man behaupten könnte, sie hätten an Gesetzestreue eingebüßt".
4/276, 1929: 'Zum Teil ist sogar, was (die Freirechtler) ausgeführt haben, in den festen Denkschatz unserer Gegenwart eingetreten."
281: "Es ist lange genug her, um feststellen zu können, daß die befürchteten Verheerungen im Garten der Justiz nicht eingetreten sind. Die Spruchtätigkeit des RG ist das beste Anschauungsmittel."
Die bleibenden Ergebnisse der Freirechtsbewegung sind "im heutigen Wirken des RG lebendig, ohne daß nachteilige Wirkungen hervorgetreten wären".
Kantorowicz (7/28, 1933): "Die Freirechtslehre hat, durch den Krieg zwar unterbrochen, immer weitere Kreise gezogen. Unter irgendeinem Namen

Trotz dieser - mehr beiseite gesprochenen - Zugeständnisse blieb der Freirechts-

---

Fortsetzung der Fußnote 1) von Seite 69:
- Interessenabwägung, soziologische Jurisprudenz, teleologische Begriffsbildung, emotionales Denken - bekennt sich heute fast jeder zu ihr. Aber diese anderen Bezeichnungen betreffen nicht den Kern der Sache, sie beziehen sich sämtlich auf die Methode, und eine juristische Methodenlehre kann nur auf einer Rechtsquellenlehre ruhen."
H. Lange (4/63): "Die Freirechtsschule hat den Mut der Rechtsprechung gestärkt, mit den Generalklauseln das Recht fortzubilden und dem Einzelfall gerecht zu werden."
Dahm (2/130): "Als bleibendes Verdienst hat sich seit der Jahrhundertwende auf mehr oder weniger allen Gebieten des Rechts eine neue und freiere Rechtsanwendung und Begriffsbildung durchsetzen können."
Weber (bei Staudinger, Anm. 1 zu § 242): "In der Folgezeit (1914) hat, insbesondere in Auswirkung der Freirechtsbewegung, die Verwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in den Entscheidungen der Gerichte eine derartige Entwicklung durchgemacht, daß er zur Grundlage für ganze Rechtsinstitute und einzelne neue Rechtsregeln wurde."
Vgl. ferner Riezler 1/139, Kanigs 6 und Larenz (zit. o. S. 68).
Einzelne Verdienste der Freirechtsbewegung heben hervor:
um die Aufhebung des Dogmas von der Lückenlosigkeit Hedemann 4/229,
um die Erneuerung der Auslegungsregeln
Coing 1/247, Less 15,
in der Bekämpfung der Begriffsjurisprudenz
Kanigs 6, Coing, Reinhardt 15, Less 15,
über das Nachlassen und Verschwinden der Konstruktionsjurisprudenz in der Rechtsprechung des BGH:
Reinicke 1/684,
und des Gesetzespositivismus
Arndt 1/9, Less 15.
Anders wohl Esser 5/99, nach dem die Freirechtsschule "eine verschärfte Reaktion des beamteten Praktikerstandes in der Richtung Gesetzestreue und Rechtssicherheit hervorrief". Das stimmt nur, soweit Esser meint, die Reaktion habe in Verbalprotesten bestanden.
Boehmer (1/ = 'Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung', S. 158-189, vgl. insbesondere 167 o., 175 o.): trotz (?!) eines umfassenden Verzeichnisses freirechtlichen Schrifttums. In dem längeren Kapitel 'Freirechtslehre' schreibt Boehmer wenig über sie, aber manches gegen sie und das meiste zu anderen Fragen.

lehre, auch nachdem sie zu Reminiszenz und Historie geworden war, eine offene Anerkennung versagt. Ein Wissen um ihre Lehren ist kaum noch vorhanden, vererbt haben sich nur die alten Vorurteile.
Ein Verständnis ist selten. [1)]

Allein - und sicherlich unbeachtet - stehen die Worte von Coing (2/536, 1950):

> "Die Fragen, die die Freirechtsschule aufgeworfen hatte und die Isay in seinem glanzvollen Buch (1/) in erneuter und vielleicht noch dringenderer Form gestellt hatte, sind bei uns nicht wirklich ausgetragen worden. Unser politisches Schicksal hat die Fragen nach den ethischen Grundlagen des Rechts in den Vordergrund gedrängt, jene methodischen Fragen müssen wieder hervortreten."

---

Fortsetzung der Fußnote 1) von Seite 69 u. 70:
R. Reinhardt (14 f., 1956): Reinhardt be- und verurteilt die Freirechtsbewegung an Hand eines Extremsatzes von E. Fuchs, sodann:
eine "gemäßigtere Richtung der Freirechtsbewegung nahm das Gesetz hin, über seine Anwendung aber sollte das Rechtsgefühl entscheiden".
Enneccerus-Nipperdey (§ 51 II 4a): Die Freirechtsschule lehrt "schon immer, daß, wo der Wortlaut des Gesetzes keine eindeutige, zweifelsfreie Antwort gibt, (der Richter) nach seinem pflichtmäßigen Ermessen, nach seinem Rechtsgefühl entscheiden könne".
Less (15, 1954) spricht vom "groben Angriff der sogenannten Freirechtsbewegung, die mit dem alten Schlagwort 'la loi n'est pas le droit' alle Dämme des Gesetzes niederzulegen drohte, an deren Stelle sie eine Mauer freier Richter, Brust an Brust dem Ansturm des chaotischen Lebens wehrend, zu sehen wünschte".
"Ihre Werke sind der heutigen Generation kaum noch bekannt."
Das Letztere gilt augenscheinlich auch für Less, dessen Buch einige freirechtliche Gedanken behandelt und nur demjenigen etwas Neues sagt, dem die Schriften der Freirechtsbewegung 'kaum noch bekannt' sind.

1) Vgl. den abgewogenen Überblick bei H. Lange (4/62 f.). (Sehr kritisch aber in 2/14: "Das Freirecht ... war Verneinung jeder Methode, nicht selbst Methode." Angespielt wird damit auf den - auch von Kanigs und u.S. 131 ff. gerügten - Mangel an wissenschaftlicher Durchdringung in der Freirechtslehre.)
Vgl. ferner das Vorwort Würtenbergers (1/5) zur Neuausgabe der Schriften von Kantorowicz:
"Die Freirechtslehre war auch dort, wo ihre Kritiker glaubten, jene habe mit einzelnen ihrer Forderungen allzu radikal über das Ziel hinausgeschossen, eine nicht wegzudenkende, ja vielleicht sogar geschichtlich notwendige Phase der Entwicklung des deutschen Rechtsdenkens."

## II. ABSCHNITT
## DIE INTERESSENJURISPRUDENZ

Die Interessenjurisprudenz wird heute von der ganz herrschenden Meinung der zivilistischen Doktrin vertreten. Die Erwähnung in zahlreichen und höchsten Gerichtsurteilen sowie der Gebrauch des Begriffs 'Interesse' in nicht wenigen Gesetzen [1] erhebt sie zur beinahe offiziellen Methodik der Rechtsfindung dieser Jahrzehnte.
Philipp Heck war einer ihrer frühesten und sicherlich der ausdauernste Theoretiker. Seine Schriften sind von außerordentlicher Geschlossenheit. In ihnen ist die Lehre oft und unverändert [2] dargelegt. Heck hat die Grundsätze in 4/106-112 (1932) zusammengefaßt (die Darstellung dieses späteren Werkes darf wohl als repräsentativ gelten):

"Ausgangspunkt ist die Erwägung, daß der Gesetzgeber die menschlichen Interessen nach Werturteilen gegeneinander abgrenzen will und daß der Richter die Aufgabe hat, dieses Endziel durch seine Fallentscheidung zu verwirklichen. Deshalb beschränkt sich die Aufgabe des Richters nicht auf die logische Subsumtion unter die Gesetzesbegriffe, sondern er hat auch die vom Gesetzgeber ins Auge gefaßte Interessenlage zu erforschen. Selbstverständlich setzt diese Rechtsprechung richtige Gesetzesauslegung voraus, eine Auslegung, die über die Worte zu den Gebotsvorstellungen, also zu den Begriffen und über die Begriffe hinaus und mit ihrer Hilfe zu den vom Gesetzgeber angeschauten Interessenlagen, den gesetzlichen Werturteilen und Wertideen, vordringt."

Heck unterscheidet 5 Ergebnisse dieser Gesetzesauslegung:

1. Die logische Subsumtion unter die Begriffe des Gesetzes entspricht der Gesetzesabsicht; glücklicherweise der Normalfall (?).

2. Der Gesetzgeber hat das Gebot nicht selbst oder nicht in bestimmten Begriffen ausgesprochen, sondern die Bildung des Gebotes oder die nähere Bestimmung des Begriffes dem Richter übertragen. "Die aufgetragene Ergänzung hat dann der Richter interessengemäß (?) auszuführen unter Beachtung der sonst erkennbaren Werturteile des Gesetzgebers (?).

---

1) Zum Beispiel: § 4 Mieterschutzgesetz (neue Fassung): 'Erlangungsinteresse' - 'Erhaltungsinteresse'.

2) Heck (im Vorwort, S. III, der nach 20 Jahren, 1932, erschienenen 2. Auflage seiner 'Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz'): "An meinen Ansichten habe ich nichts zu ändern."

3. Eine "Lücke ist durch Interessenabgrenzung (?) unter Bindung an die Werturteile des Gesetzgebers und unter subsidiärem (!) Eingreifen der Eigenwertung (?) auszufüllen".

4. Gesetzeswiderspruch. "Dann liegt eine Kollisions- oder Alternativlücke vor, für deren Ausfüllung die allgemeinen Grundsätze (?) der Interessenabwägung entsprechende Anwendung finden".

5. "Das Ergebnis kann sein, daß das Gebot des Gesetzes mit solchen Forderungen des Lebens in Widerspruch tritt, die das Gesetz sonst anerkennt. Das ist das schwierige Gebiet der Gebotsberichtigung. [1] Gerade in dieser Frage scheidet sich die Interessenjurisprudenz von der Freirechtslehre. Nach meiner Ansicht ist dem Richter die Befugnis zur Gebots-, also (?) Begriffsberichtigung im allgemeinen zu versagen und nur in besonderen Einzelfällen zuzusprechen (!)".

Das ist die Lehre der Interessenjurisprudenz. Sie hatte einen unterschiedlichen, erst nach 40 Jahren unbestrittenen Erfolg. Anfänglich wurde sie mit der Freirechtslehre allgemein zusammen gesehen; 1932 noch beklagte Stoll (S. 60) manches Mißverständnis und Übergehen. Nach 1933 wurde sie heftig angegriffen [2] und als überholt bezeichnet. Die Restauration nach 1945 brachte ihr mehr Anerkennung, als sie früher je erhalten hatte.

Interessenjurisprudenz und Freirechtslehre waren im Anfang eng verbunden [3]; viele sahen in der Interessenjurisprudenz nur eine freirechtliche Richtung [4] und umgekehrt [5].

Das Schlagwort 'Interessenabwägung' wurde von den führenden Freirechtlern ständig gebraucht. [6] Sie meinten damit allerdings eine überlegene und umfassende

---

1) Siehe unten 3. Teil, Abschn. III B (S. 111ff.).

2) Z.B. Larenz 1/24.

3) Germann 2/55, Larenz 5/105; Gemeinsamkeit gegen die Begriffsjurisprudenz betont von M. Rümelin 4/41, Stoll 70.

4) Reichel 3/37, Riezler 1/141, Kanigs 4, Küchenhoff 1/45.

5) Hedemann 1/296, 307, 2/117, 125, 3/199; vgl. auch Heck 10/269.

6) Stampe 2/717, Kantorowicz 3/17, Ehrlich 5/369, 396, 420; ferner Düringer 4/583.
Heck (4/200) behauptet seine Erfinderschaft für den Begriff und führt eine Schrift aus dem Jahre 1900 an. Ferner schreibt Heck (10) im Jahre 1932: "Die Interessenjurisprudenz ist die ältere Richtung und die Freirechtslehre, soweit (?!) sie auf Stampe zurückgeht, eine spätere abhängige und irrige Fortbildung." Eine späte, kaum belegte und überhaupt merkwürdige Behauptung.

Anschauung des Sachverhalts durch den Richter. Heck beschränkte dann weitgehend die Interessenabwägung, nämlich auf einen Hilfsbegriff bei der Gesetzesanwendung. Er entfernte sich um vieles weniger von den überkommenen Anschauungen. Stets betonte er die 'Gesetzestreue' seiner Richtung [1] und wurde nicht müde, die Freirechtslehre als völlig verschieden zu bekämpfen.
Mag dieser Einsatz zuweilen verwunderlich erscheinen, so hat er sich doch gelohnt: Der herrschenden Jurisprudenz wurde möglich, wenigstens etwas vom Neuen anzunehmen. Die Lehre der Interessenjurisprudenz bot da nicht sehr viel. Sie ist ja eigentlich nur eine Auslegungsmethode: Forschte man früher nach dem 'Geist des Gesetzes' und deduzierte aus einem dem Gesetz angeblich zugrunde liegenden System (Inversionsmethode) [2], so wurde jetzt schon bei der Auslegung der Weg zur Lebenswirklichkeit beschritten. 'Interessen', das ist die begriffliche Fassung der in der Gesellschaft bestehenden Strebungen. Sie sind eine Anschauung des Zusammenhanges von Leben und Gesetz. Sieht man das Gesetz auf die in ihm geregelten Interessen an, so ist man gehindert, nach jenen geheimen Prinzipien zu suchen.

Die Interessenjurisprudenz hat demnach nicht nur einen großen Fortschritt gebracht - Gesetz und Leben, und damit Rechtsprechung und Leben, kamen in enge Berührung -, sie ist überhaupt ein unentbehrliches Auslegungsmittel. Aber sie ist auch nicht viel mehr als das. Wie ist zu verfahren, wo das Gesetz eine Entscheidung nicht vollständig determiniert? Hierfür gibt Heck nur Worte wie 'denkender Gehorsam', 'Fernwirkungen des Gesetzes' u.ä. Genaueres steht bei ihm nicht zur Verfügung. Für die Interessenjurisprudenz liegt das seit je unterschätzte Gebiet der 'außerrechtlichen Entscheidungsgrundlagen' am Rande. [3] Lücken sind 'unter subsidiärem Eingreifen' der 'Eigenwertung' auszufüllen. [4] Stoll hat der Richtung zwar den Namen 'Wertungsjurisprudenz' gegeben [5], aber wie,

---

1) Heck 3/230, 4/10, 10/269; einschränkend 8/221.
2) Siehe oben S. 19.
3) Siehe etwa Heck 3/238 f. Vgl. oben S. 25-43.
4) Siehe oben S. 73, Ziffer 3.
5) Stoll 67 f.
Manigk (2/489): Der Grundsatz der Interessenabwägung kann gute Dienste leisten, er enthält aber selbst keinen Maßstab für die Entscheidung, bezeichnet vielmehr nur deren Aufgabe.
Ebenstein (173, unter Berufung auf Kelsen):
Der Grundsatz der Interessenabwägung ist keine Lösung, sondern nur eine Formulierung des Problems (der Rechtsanwendung), da aus der Norm selbst nicht der Vergleichsmaßstab der kollidierenden Interessen geholt werden kann.
Ähnlich Stammler 1/, H. Isay 2/pass., Wieacker 3/9.

was und wonach zu werten sei, das hat er nicht ausgeführt.

Die beschränkten Möglichkeiten der Interessenjurisprudenz sind oft bemerkt worden (ohne aber für ihr Bild wesentlich beeinflußt zu haben).

Die Freirechtslehre hatte große Ziele; sie verwirklichte sie nicht einmal in Teilbereichen. Die Interessenjurisprudenz zeichnet sich in den Schriften Hecks durch eine geradezu musterhafte Klarheit und Durchdringung ihres Gegenstandes aus; sie bleibt indessen auf das Gebiet der unmittelbaren und mittelbaren Gesetzesanwendung beschränkt. [1)]

Eine umfassende Methodik ist von keiner der beiden Schulen geschaffen worden.

---

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 74:
Reichel (3/67 N. 1) sieht in der Methodik der Interessenjurisprudenz eine Vermengung kausaler und teleologischer, empirischer und normativer Betrachtungsweise, 'Methodenbigamie'.
Ausgleichend äußert sich Müller-Erzbach 4/73.

1) Die Begrenztheit der Interessenjurisprudenz bemängeln:
H. Lange (4/63): Die Interessenjurisprudenz "ist nur Methode für die Verwirklichung der vom Gesetzgeber berücksichtigten Werte. Sie vermag darum auch nicht zu sagen, wie die Fälle entschieden werden, die außerhalb der typischen Interessenwertung des Gesetzes liegen."
Weinkauff (1/26 f.): Die Interessenjurisprudenz ist nicht schlechthin die ultima ratio bei der Findung von Richterrecht. Die gerechte Ordnung der Dinge läßt sich keineswegs immer auf eine schiedsrichterliche Schlichtung von Interessenkonflikten zurückführen (z.B. Ehe- und Kindschaftsrecht, Strafmaße).
Der bloßen Interessenabwägung, der man ihre Herkunft aus dem bürgerlichen Recht dauernd anmerkt, wohnt unverkennbar ein stark positivistisches Element inne. Wie, wenn dem Gesetz kein Maßstab für die Interessenwägung zu entnehmen ist (durchaus häufig) ?
Die Interessenabwägung ist kein Zauberstab.
Wieacker (3/9): Die Interessenjurisprudenz "funktioniert nur im Raum der Gesetzanwendung. Für das Interesse, das mangels gesetzlicher Bewertung vom Richter auf eigene Hand zu bevorzugen ist, gibt diese Methode keine inhaltlichen Weisungen. Die Interessenjurisprudenz hat selbst mit Recht betont, daß sie das nicht leisten kann und will."

# 3. HAUPTTEIL

## RECHTSFINDUNG UND POSITIVES RECHT

Vom positiven Recht zur Rechtsfindung und umgekehrt bestehen ganz verschiedenartige Beziehungen, die man - eine irreführende Vereinfachung - unter dem Schlagwort 'Gesetz und Richter' zusammenzufassen pflegt.
Hier müssen getrennt werden:

1. Die Bindung des Richters an das positive Recht (insbesondere an die Gesetze);
2. die Unabhängigkeit des Richters vom positiven Recht (bei Lücken und bei Abweichung vom Gesetz);
3. das Gerichtsurteil als Konstituens von Gerichtsrecht.

Nachdem diese Verhältnisse und ihre Bedeutung im einzelnen geklärt sind, kann man in einer Gesamtschau von den Wechselwirkungen zwischen Richter und positivem Recht sprechen und so eine gewisse Einheit herstellen. [1]

### I. ABSCHNITT
### DER RICHTER FOLGT DEM POSITIVEN RECHT

denn es ist die normativ stärkste Entscheidungsrichtlinie. [2] Das gilt insbesondere für die Gesetze: Sie sind Ausdruck des gesellschaftlichen Willens, wie das Leben geordnet werden solle. Jedes menschliche Wollen, welches das Tun der anderen unbeugsam zu lenken trachtet, schlägt sich in Gesetzen nieder. Auch die Gesellschaft bedient sich dieses Mittels, denn in keiner anderen Norm wird ihr Wille so unmißverständlich deutlich.
Die Gesetze sind unmittelbare Anweisung an das Volk. In ihnen wird das verbindliche Bild einer Ordnung aufgerichtet.

In der überwältigenden Mehrzahl der Fälle wird dieses Vorbild ohne weiteres befolgt: es bedarf keines Winkes der leitenden Organe und keiner Vollstreckung. Die Gesellschaft vollzieht, was ihr eigener Wille war und geblieben ist.
In - gemessen am Ganzen - wenigen Fällen trennen sich Einzelwille und Gemeinwille:

---

1) Vgl. z.B. Cardozo 1§75 f.

2) Kein Widerspruch zu der o.S. 43 f. angedeuteten Möglichkeit, das positive Recht nur als Teil der Lebensordnung einer Gesellschaft anzusehen; denn die dortige Zusammenschau entspringt soziologischer Betrachtung.

sei es aus Irrtum über Sachverhalt oder Recht,
sei es aus persönlicher oder sachlicher Not oder
sei es in bewußter Selbstdurchsetzung gegen die Gemeinschaft. Ein Rechtsstreit wird eröffnet; der Irrtum über die Wirklichkeit wird beigelegt; der Vorstoß des einzelnen aus Aufsässigkeit und Eigensucht wird zurückgewiesen. Die gesetzte Ordnung triumphiert; angemaßter Rechts- und Machtstand müssen zurückweichen. Die Entfaltung des Getreuen und Bescheidenen wird bewahrt, 'das Gesetz nur kann uns Freiheit geben'. Nach ihm, dem Gesetz, wird zunächst gefragt, es bleibt - aller Angriffslust der Unternehmenden zum Trotz - Bollwerk des einzelnen und Bild der gemeinschaftlichen Ordnung; genauer: der Entwurf einer zukünftigen Ordnung (O. Bülow). Das Gesetz ist Plan; es weist den Weg, ohne aber schon das Ziel vollständig zu umschreiben; denn dieses wird von der unvoraussehbaren Eigenart des Einzelfalles mitbestimmt. Wenn dabei die Durchschnittsregel des positiven Rechts den einzelnen einmal im Stiche läßt, so sind die anderen meist nicht bereit, ihm ein Besonderes, vom Gewohnten Abweichendes zu gewähren. Man beharrt auf dem Wortlaut der hergebrachten Regel. (Die Buchstaben 'jurisprudenz' von Laien kann über die Maßen naiv-egoistisch und dumm sein.) Fast stets kommt es dann zum Prozeß. Der echte Rechtsstreit - um das Recht, nicht um die Tatsachen oder zum Zeitgewinn - geht häufig aus einer Unangemessenheit des gesetzlichen Planes hervor. Die eine Partei behauptet dann eine Lücke im Gesetz, die andere verficht die Richtigkeit und Vollständigkeit des Gesetzes.

Damit ist die Brauchbarkeit des Gesetzes in Frage gestellt - und häufig wird der Richter offen oder verdeckt von der allzu allgemeinen Regel abweichen, um dem einzelnen gerecht zu werden. Das Gesetz ist dann nicht angewendet oder aber mit verändertem Inhalt zugrunde gelegt worden - jedenfalls wich die Entscheidungsnorm des Richters ab von derjenigen, die im Gesetz vorgesehen war; dieses ist für den Einzelfall - wie man wenig glücklich sagt - 'außer Kraft gesetzt worden'. Und dennoch bleibt das Gesetz - oberste Richtlinie. Wenn es gelegentlich nicht angewendet wird, so ändert das an seiner Geltung genausowenig wie - sogar - das einzelne Vorkommen des Unrechts an der Unverbrüchlichkeit der rechtsstaatlichen Ordnung. Was gälte ohne Ausnahme? Im Falle des Gesetzes sind die Ausnahmen notwendig, denn es liegt gar nicht in seinem Wesen, allein und abschließend das endliche Recht zu schaffen. Der Richter muß den umstrittenen Sachverhalt sehen, und nur mit allen übrigen Werten und Normen wird er des Ausnahmefalles Herr. Der Gesetzgeber hat zwar bei Regelung des Sachverhaltstyps, wie er ihm vor Augen stand, die Werte berücksichtigt. Im Sonderfall aber, den die allgemeine Norm nicht trifft, wird der Richter zum 'Gesetzgeber'.[1] Auch jetzt noch, wenn es beiseite steht, spielt der Gedanke an das Gesetz mit:

---

[1] Siehe oben S. 5.

der Richter hat alles zu erwägen, was er als Gesetzgeber berücksichtigen müßte (vgl. § 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches). Das Gesetz bleibt - als gestaltete Norm oder als Idee - die Richtschnur aller Rechtsprechung. Und die Erkenntnis der Grenzen seiner Brauchbarkeit wird aufgekommenes Mißtrauen beseitigen und seine Geltung befestigen.

Manches harte Wort, das gegen Gesetzesanbetung und Kodifikationsmythus gefallen ist - insbesondere in der Freirechtsbewegung - entsprang einer Meinung, die aus Kampfeseifer blind gegen die Wichtigkeit des Gesetzes sein mußte; denn das Übertreiben der Bedeutung des positiven Rechts in den Thesen des Positivismus (z.B. Lückenlosigkeit, Geltung auch gegen alle Werte, Richter als 'Subsumtionsautomat') hat die Schärfe hervorgerufen. Zudem ermöglichte der Positivismus eine vollkommene Bequemlichkeit: Mittels einer erlernten 'juristischen Logik' kann man sich auf das positive Recht zurückziehen und der Rechenschaft über die wahren Entscheidungsgründe entledigt bleiben. Diese Spielart des Positivismus ist heute noch den nicht wissenschaftlich tätigen Juristen geläufig. Zu der gedanklichen Schärfe der Reinen Rechtslehre - des einzigen heute vertretenen echten Rechtspositivismus - erhebt sich der Jurist des Alltags nie. Seine Methode bleibt eklektisch, die Ergebnisse seines Tuns sind wissenschaftlich (nicht dem praktischen Werte nach) mittelmäßig. Gerade dieses Mittelmaß, der Schlummer in Fragen der Methodik, der Allgemeinen Rechtslehre und der Rechtsphilosophie - sie haben viele zu scharfer Stellungnahme herausgefordert. Methodologie und Rechtsphilosophie gehören gar nicht zum Handwerk des Gebrauchsjuristen, wie nicht bestritten wird. Deshalb braucht man der Tätigkeit des common-law-Juristen bei weitem nicht so kritisch gegenüberzutreten, obschon er doch methodologisch und rechtsphilosophisch weniger ausgebildet ist als der kontinentale Kollege. Seine Ergebnisse sind wohl denen unserer Jurisprudenz ebenbürtig. Und: es fehlt ihnen die Anmaßung, das methodologisch und überhaupt allein richtige Urteil zu sein. Gerade diese kontinentale Anmaßung, die sich etwa in einem ex-cathedra-Ton oder in geringschätzigem Blick auf die weniger kodifizierten Rechtsordnungen anderer Völker - und zwar ausgerechnet der politisch viel erfolgreicheren - immer wieder äußert, muß zurückgewiesen werden.

Die Methodenlehre der Rechtswissenschaft ist deswegen scheinbar - nimmt man die jeweiligen Programme nur im Wortlaut - zutiefst und vielfältig gespalten: weil jeder die Übertreibung des anderen mit einem entgegengesetzten Zuviel ausgleichen will und kaum jemand sich um Verständnis und Gemeinsamkeit bemüht. Das Ergebnis ist leider: die Praxis hält sich auf einer etwas unentschiedenen Mittellinie zurück (Interessenjurisprudenz) und verhilft einer Methodik zur Geltung, die zugegebenerweise nur einen Teil der methodischen Fragen beantwortet. Der Mangel dieser Lehre an Geschlossenheit und Überzeugungskraft führt

dazu, daß die oberen Bundesgerichte z.B. bei der Auslegung alle denkbaren Wege beschreiten, auch wenn diese einander ausschließen. [1]

Trotz der Verworrenheit der deutschen Methodenliteratur ist man sich im Grunde darüber einig, daß alles positive Recht (insbesondere das Gesetz) das primäre Material für die Arbeit des Richters und eine enge Schranke seiner Tätigkeit ist. Das gilt auch für die Freirechtslehre, obschon sie in diesem Punkte der (warum eigentlich ?) sehr willkommene Sündenbock ist. Da aber der juristische Schriftsteller für Mißverständnisse geradezu prädestiniert zu sein scheint, reißen kleine Vorstöße und Nuancen schon tiefe Klüfte. Vielleicht ist das wissenschaftspolitisch verständlich: Machtbewerber, deren Programme nur geringfügig voneinander abweichen, pflegen die mindesten Unterschiede scharf zu überspitzen, um sich vom Konkurrenten abzuheben. Das Mißverständnis ist ein vertrautes Mittel, um den anderen zu bekämpfen. Weil Ehrgeiz sicher einer der natürlichen Antriebe zu wissenschaftlicher Arbeit ist - übrigens kein unehrenhafter -, muß man wohl die Kampfesweise in Kauf nehmen. Ein Ausgleich bleibt aus denselben Gründen oft Versuch oder findet - wenn geglückt - keine Nachfolge. [2]

Richter und Gesetz - auch vom Standpunkt eines 'Pluralismus' der Entscheidungsgrundlagen [3] besteht die Bindung des Richters, besteht die höchste Kraft alles positiven Rechts in der Rechtsfindung.
Neben solcher Proklamation lassen sich für die vorgegebene, generelle Norm auch konkrete Funktionen angeben:

1. Die Einführung von Gesetzen ist ein Versuch, zu objektiven Entscheidungen objektiver Instanzen zu gelangen. Die Trägheit der Menschen, auch der Richter, würde verhindern, daß jede Entscheidung erschöpfend begründet wird. Der Mensch hat die Normen und Werte der Gesellschaft mehr in der Erinnerung als in seinem Bewußtsein. Er hält sich bei seinen Handlungen in ihrem Rahmen, ohne darüber reflektiert zu haben. Gerade das aber muß vom Richter verlangt werden; sonst blieben seine Urteile nicht frei von Ressentiments, und es gäbe keine Gleichheit. Das Umfassendsein der Gesetze und der Zwang, aus ihnen zu begründen, ist eine kaum entbehrliche Grundlage der Gerechtigkeit. Das Recht ist im großen und ganzen die einzige Normierung und Wertung, welche formuliert und z.T. sogar aufgeschrieben ist. Es kann wenigstens keinen Streit über den Wortlaut des positiven Rechts geben - und was wäre sonst nicht umstritten? Die Unabhängigkeit und Objektivität der Rechtsprechung - sie werden in der Bindung an das positive

---

1) Näheres dazu bei Reinicke 1/, 2/, 3/; Teichmann S. 1-36.
2) Vgl. Esser 4/19: "Schriften wie Reichels 'Gesetz und Richterspruch' und H. Isays 'Rechtsnorm und Entscheidung' bleiben unbeachtet."
Dem tiefgründigen Buch von Esser steht das gleiche Schicksal bevor.
3) Siehe oben S. 30.

Recht (sei es in Gesetzen oder Präjudizen niedergelegt) angegangen. Das Ziel bleibt zwar Ideal, aber in einem Lande mit positivem Recht werden mehr Schritte zu ihm hin getan als in jedem anderen.

2. Das Gesetz ist - insbesondere in verzweigten Gesellschaften - das wirksamste Mittel, durch das die Volksvertretung Einfluß nehmen kann. Einer umfangreichen Beamtenschaft können nur durch Gesetze neue Ziele gegeben werden, und das eigene Ermessen - oft von Erziehung oder erworbener Weltanschauung bestimmt - wird in die vom Volke gewünschten Bahnen gelenkt. Dieses Ziel wird sowenig wie die völlige Objektivität der Rechtsprechung erreicht. Aber je konkreter die Reglung des Gesetzgebers ist, desto genauer die Durchführung seines Willens. Insbesondere bei technischen Anweisungen, womöglich mit Zahlenangaben - auf dem Gebiet der Verwaltung ist das gut möglich -, kann die rascheste Anpassung der Rechtsprechung an den Parlaments- und Regierungswillen gelingen. Die modernen Gesetzgeber folgen dieser Einsicht durch sehr ausführliche, zuweilen kasuistische Fassung der Texte.

3. Das Gesetz ist Mittel zu schnellem Fortschritt, oder richtiger: kann es sein. Dort, wo eine festgefahrene Rechtsprechung keinen neuen, erforderlichen Weg gehen will, zwingt das Wort des Gesetzgebers in die bessere Bahn. (Eine veraltete Rechtsprechung ist übrigens nicht schlimmer als ein veraltetes Gesetz. Insoweit gibt es also kein Argument gegen ein Präjudiziensystem wie das common law.)

4. Wo das Gesetz den Fortschritt nicht selbst herbeiführt, kann es ihn doch leiten. Wenn es geschickt gefaßt ist und gültige Werte zur Grundlage hat, rankt sich um die Worte der Normen ein Gerichtsrecht [1], welches einerseits das gute Prinzip konkretisiert und dabei die Bedürfnisse einzelner Fälle berücksichtigt, andererseits nicht so unbeugsam ist (wie das Gesetz selbst), daß es nicht von der nächsten Generation durch das nunmehr passende Gerichtsrecht zu ersetzen wäre.

5. Das Gesetz erleichtert auch dem Richter seine Aufgabe. [2] Es stellt ein Gerüst fester Wertungen und Prinzipien auf, in das die Einzelentscheidung hineingebaut werden kann. Ohne ein Gesetz müßte sich der Richter unzählige Grundlagen - z.B. Bindung an den Vertrag, Möglichkeit der Anfechtung, der Eigentumsübertragung ... - erst schaffen oder aus seinen bzw. anderen Vorentscheiden destillieren. Selbst danach müßte ihn der Zweifel an der Richtigkeit seiner Aufstellungen plagen.
Das Gesetz gibt dem richterlichen Weg Grundlage und Stütze und ermöglicht so erst den Blick auf die kleinen Wesentlichkeiten des Einzelfalls.

---

1) Vgl. die Erläuterungsbücher zu deutschen Gesetzen; für England s. Allen 155.

2) Reichel 3/15; ähnl. (für Gerichtsrecht) Ehrlich 5/138.

Die Bindung des Richters an das Gesetz ist - schon unter dem Blickwinkel der genannten Funktionen - nicht als buchstäbliches 'Angebundensein', 'Unterworfensein' u. dgl. zu verstehen. Solche Bezeichnungen geben nur Bilder, die sich nicht für genauere Konsequenzen eignen. [1] Deutlicher ist die Vorstellung eines 'Aufbauens' und 'Einanderergänzens'. [2]

Die Glorifikation des Gesetzgebers und noch des geringsten seiner Worte ist heute im stillen überwunden (eine methodologische Diskussion hat seit 1914, als der Reformstreit bei verhärteten Fronten abgebrochen wurde, nicht mehr stattgefunden). Die geschichtlichen Erfahrungen seither mögen dafür ursächlich sein. Heute können einige Worte Arndts, die ein neues Begreifen von Richter und Gesetz anzukündigen scheinen, für den Abschluß veralteter und den Beginn einer wirklichkeitsnahen Sicht genommen werden: Danach haben Gesetzgebung und Rechtsprechung je eine eigenständige Aufgabe. [3] Offen bleibt indessen die Frage nach

---

1) Danz 5/78, ähnlich Regelsberger 146.

2) Jerusalem 2/61: "Der Gesetzgeber normiert die Rechtsbeziehungen in allgemeinen Regeln; die konkrete Regelung geschieht durch den Richter. Dieser ergänzt die gesetzgeberische Funktion; er vollendet, was im Gesetz eingeleitet worden war."
Husserl 2/58: "Das Tun des Gesetzgebers zu ergänzen, ist Aufgabe des Richters. Bei der 'Ergänzung' handelt es sich um eine Weiterführung der Gedanken, die der Gesetzgeber in Rechtsnormen niedergelegt hat. Diese Weiterführung hat den Sinn einer Ausführung der gesetzgeberischen Pläne."
Esser 4/285: "Die gesetzlichen Institutionen eines Kodex sind kein endgültiger Wertungsindex für den Richter, sondern nur Werkzeuge für die sozialen Konflikte und die Lösungsmöglichkeiten, die der Gesetzgeber zu seiner Zeit nach seinem 'Sozialmodell' als normierungsbedürftig anerkannte. Es ist die Klinik des Rechts selbst, die am neuen Fall über die Eignung, die Tauglichkeit oder Verbesserungswürdigkeit der Instrumente entscheidet: Verbindlich sind nicht sie, sondern das Operationsziel."

3) Arndt (1/15 f.): Das rechtsprechende Organ kann nicht, was das gesetzgebende Organ kann: über die Regel vorentscheiden. Das gesetzgebende Organ kann nicht, was das rechtsprechende Organ kann: die Wahrheit eines Sachverhalts ermitteln und ihre Lebenswirklichkeit für einen bestimmten Menschen berücksichtigen. In dieser Trennung liegt ein fruchtbares Mittel der Freiheitlichkeit. Die Organtrennung und ihre Partnerschaft ermöglicht, dem wirklichen Menschen gerecht zu werden.
19: Das Gesetz hat nicht die Majestät des Befehls, sondern ist die demokratische, vom Richter mitzuverantwortende Selbstbestimmung.

dem 'Wie' der Partnerschaft von Gesetzgebung und Rechtsprechung. [1] Die Methodologie hat sie noch zu lösen.

## II. ABSCHNITT
## DAS GERICHTSRECHT

auch Urteils-, Richter-, Rechtsprechungs- oder Juristenrecht genannt. Über seine Möglichkeit, Zulässigkeit, sein Vorkommen und seine Folgen wird seit Generationen gedacht und geschrieben. Dabei tritt klar hervor, daß nicht einmal die Fragestellungen der Methodologie voll geklärt sind: Zwei gänzlich verschiedene Dinge werden von der Mehrzahl der Schriftsteller unter demselben Namen und nicht einmal gedanklich getrennt behandelt [2]:

A. Wie darf der Richter Recht sprechen, wenn ein Satz des positiven Rechts nicht zur Verfügung steht oder abgeändert werden muß ?

B. Gibt es positives Recht, das aus der Rechtsprechung der Gerichte entsteht ?

Im einzelnen:

### A.

Der Richter darf auch bei lückenhaftem oder unzureichendem positivem Recht urteilen - er muß es ja, da er unter Entscheidungszwang steht [3].
Was aber legt er seiner Entscheidung zugrunde ? An dieser Stelle pflegt man von 'Richterrecht', 'Rechtsschöpfung' zu reden - denn 'Recht' muß es sein. Es ist aber kein positives Recht, doch anscheinend soll der Name 'Recht' erhalten bleiben. Eine eben dem extremsten Positivismus [4] entronnene Doktrin traut sich noch nicht jenes 'Recht' - welches unbestritten kein positives Recht ist - als außerrechtlich anzusprechen, wie es für Verkehrssitte, Billigkeit, Moral, Lebensordnung usf. allein zutrifft.

---

1) Cardozo formuliert diese Frage so (1/75 f.):
"Das Recht muß stabil sein, doch darf es nicht stagnieren."
Rätselhaft bleibt das höhere Prinzip, "das die zwei Kräfte, die in Widerstreit zu liegen und in eine Antinomie zu münden scheinen, zu einer Harmonie verbindet".

2) Insb. der Theoretische Teil des wichtigen Buches von Less (über Richterrecht, 1/) leidet am Mangel dieser Unterscheidung.

3) Danz 5/3, Oertmann 1/130, H. Lange 4/58.

4) Vgl. u. S. 103 f. und o. S. 19-22.

Auch die unermüdlichen Vorhaltungen der Reinen Rechtslehre, welche die Verwendung außerpositivrechtlicher Normen unbarmherzig Rechtspolitik nennt, konnten die Illusion nicht losen. Es wird das als zu 'leer' empfunden. So entsteht die scheinbare Problematik der 'richterlichen Rechtsschöpfung praeter legem', die unnötige Fragen aufwirft. [1] Die vom Richter ohne das (schweigende) positive Recht gefundene Entscheidungsnorm wird als 'individuelle Rechtsnorm' bezeichnet [2], man macht sich über ihre 'Geltung', ihre 'Rückwirkung', ihre Vereinbarkeit mit dem Postulat der Gewaltenteilung usw. Gedanken. Solche Arbeit muß als vertan angesehen werden; denn die auf außerrechtlicher Grundlage gefundene Entscheidungsnorm ist kein (positives) Recht. Es kann nicht richtig sein, alles, was ein Richter verwendet und ausspricht, als 'Recht' zu bezeichnen.

Man müßte dafür mit wenigstens zwei verschiedenen Begriffen von Recht operieren: dem positiven Recht (Gesetz, Gewohnheitsrecht, Gerichtsrecht) und einem weiteren Begriff von Recht. Für das letztere gibt es keine eindeutige Definition. Nicht alles, was ein Jurist findet, muß Recht genannt werden. Es ist klarer, den Gebrauch dieses Wortes auf das vorhandene, geltende, also positive Recht zu beschranken. [3] Bei undifferenziertem Umgang mit dem Ausdruck 'Recht' wird eine Verstandigung unmöglich. Die vom Richter aufgestellte Entscheidungsnorm ist keine Rechtsnorm, und alle an diese Bezeichnung geknüpften Probleme sind gegenstandslos.

Die 'richterliche Rechtsschöpfung praeter legem' ist gewöhnlich nichts anderes als eine Rechtsfindung, die mangels positiven Rechts zu anderen Entscheidungsgrundlagen fortschreitet. (Ähnliches wird über die sogenannte freie Rechtsfindung zu sagen sein.) Der Vorgang ist viel zu alltäglich, um solch einen pompösen und irreführenden Namen zu tragen.

## B. Das wirkliche Gerichtsrecht

Es entsteht aus einer ständigen Rechtsprechung, die sich so gefestigt hat, daß ihre Sätze zuletzt als positives Recht angesehen werden. [4] Die Vorgänge sind

---

1) Zum Beispiel bei Zitelmann 2/19, Unger 2/108-110, E. Fuchs 4/16, Düringer 3/199, Kiss 2/467, Danz 4/192, 205,5/76, Fritz 18 f., Wieacker 3/5, 8, Cardozo 1/71, Weinkauff 1/15, Arndt 1/11, Less 18. Dagegen richtig: Stampe 2/419, C. Schmitt 1/100, Reichel 3/108 f., Rehfeldt 2/154.

2) Unger a. a. O.

3) Vgl. schon oben S. 25.

4) Die nähere Begründung dieser Behauptung würde eine Erörterung der umfangreichen Fragen der 'Rechtsgeltung' erfordern.

im einzelnen noch nicht geklärt, denn zu lange hat Deutschland im Banne der etatistischen Doktrin gestanden [1], wonach allein der Staat Recht setzen kann. Manchmal behandelt man das Gerichtsrecht als Gewohnheitsrecht, ohne zu sehen, daß es sich um verschiedene Weisen der Rechtserzeugung handelt (darüber s. weiter u.). Es ist merkwürdig, wie schon ein einzelnes Urteil den Keim zur Rechtsfortbildung birgt. Das empfindet mancher genaue Beobachter. [2]

Jeder Richterspruch baut am vorhandenen Recht: entweder befestigt er seine Geltung, oder - wohl noch häufiger - er erweitert sie, da jeder Sachverhalt unverwechselbar, also neu ist. Bei der großen Anzahl der täglich ergehenden Urteile in Deutschland kommt den Erkenntnissen erstinstanzlicher Gerichte eine geringere Bedeutung zu als denen, die notwendig in Rechtskraft erwachsen. Indessen geschieht dies ja häufig auch mit Ersturteilen, und selbst im Falle ihrer Anfechtung bleiben sie nicht ganz ohne Einfluß.

---

1) Vgl. darüber W. G. Becker 2/256, Esser 4/242 u. ö.

2) Allen (146): "Application of a rule is seldom a mere reduplication of the rule, since its application to new circumstances always gives a new facet: there is thus, in nearly every decision, an element, which is additive and in a sense creative. The mere fact that a rule is reasserted in a fresh setting reinforces and clarifies, or throws a new light upon it, and this element is additive."
Wüstendörfer (297): "Einmal ausgesprochene richterliche Werturteile werden in anderen Prozeßfällen unverändert der Entscheidung zugrunde gelegt, dank dem Schwergewicht ihrer Überzeugungskraft."
Cardozo (zitiert von Llewellyn 8): "In jedem Urteil liegt Zeugungskraft."
Llewellyn (I 64): "Das Gericht kommt immer wieder dazu, neue Rechtssätze ins Leben zu rufen.
Ist ein solcher Rechtssatz erst einmal geschaffen, so bildet er immer einen neuen Ausgangspunkt. Er zeigt insbesondere eine starke Tendenz, seine eigenen Grundlagen fortan aus dem Spiel zu lassen."
(75): "Die Lösung jedes zweifelhaften Streitfalles schafft neues Recht, gestaltet Rechtssätze um. Der Richter hat nicht ausgelegt, er hat hinein- oder hinausgelegt."
Esser (4/284): "Jede 'application' des Vorhandenen ist schon neue 'elaboration'."
Wieacker (3/7): "Jedes 'gesetzanwendende' Urteil ist zugleich schon ein Stück 'punktueller Rechtsfortbildung', Recht im Werden (law in making)."

Es gibt sehr viele Gründe für die rechtsbildende Wirkung des Richterurteils. Einige davon seien ausgeführt:

1. Die Entscheidungsnorm ist von konkret-abstraktem, also auch abstraktem Charakter. [1] Sie hat eine generalisierende Tendenz, denn der Richter war der Meinung, alle ebenso gelagerten Fälle müßten ebenso entschieden werden: Sein Urteil gilt nur für diesen Sachverhalt, die zugrunde liegende Entscheidungsnorm aber für jeden solchen Sachverhalt. So ist die Verallgemeinerung schon im Vorgang des Einzelurteils angelegt.

2. Die Verallgemeinerung wird auch geradezu erzwungen durch ein Grundziel des mächtigen Gerechtigkeitsstrebens, nämlich dem nach Gleichheit.
Es kommt jeden Richter viel schwerer an, von einer Vorentscheidung abzuweichen, als ihr zu folgen. Das gilt unabhängig von aller Autorität des zu verlassenden Präjudizes und unabhängig vom nicht seltenen Widerstreben des Menschen, einen eigenen Weg zu gehen. Das Streben nach Gleichheit ist eine starke Kraft, deren Drängen man nur dann nicht nachgibt, wenn sie von anderem überwogen wird. [2]

3. Ein sehr eigentümlicher - und nicht minder wirksamer - Grund der Urteilsübernahme ist die Bindung, die für den rechtsfindenden Menschen von einem ihm sichtbaren Verhalten eines anderen Menschen (Richter) in gleicher Lage ausgeht. Dieses Verhalten wirkt oft als Vorbild [3], und zwar allein auf Grund seines Daseins. Die Vorbildlichkeit wird nur zunichte, wenn sie entwertet wird (sie erweist sich als unwahr oder als inzwischen überholt) oder der Richter sich bewußt von ihr befreit, um einen besonderen Weg einzuschlagen. Die Wirksamkeit des Vorbildes beruht nicht auf der Überzeugungskraft etwa des Urteilsinhalts (Gründe). (Diese intellektuale Qualität ist eine eigene Ursache für die Nachfolge.) Das Streben des (richtenden) Menschen, sich dem Vorgänger anzuschließen, ist von vornherein vorhanden und ein Grundzug seines Wesens. Es ist kein Zeichen von Schwäche (das erst, wenn es übertrieben wird und zur Unterwerfung ausartet); es bleibt kritisch und abwägend. Es dürfte sogar von ganz eigenem Wert sein, denn nicht zuletzt diese Tendenz ist es, die menschliche Gemeinschaften konstituiert.

4. Diese drei Punkte sind wenigstens ebenso wichtig wie die beiden anderen Gründe, die gewöhnlich für die Bildung des Gerichtsrechts angegeben werden:
Autorität der Vorentscheidung und
Überzeugungskraft ihrer Gründe.

---

1) Vgl. oben S. 14.
2) Ähnlich E. Jung 3/136, Llewellyn 5.
3) Ähnlich Heck 3/246, vgl. auch Düringer 3/198.

Beide Gesichtspunkte treffen nicht allgemein zu, sondern nur dort, wo eben Autorität der Vorentscheidung und besondere Güte in den Gründen vorliegen. Autorität besitzen nur die Sprüche oberer Gerichte - aber sie sind nicht allein an der Rechtsbildung beteiligt (die Rechtsprechung einer letztinstanziellen Landgerichtskammer, ja schon die feste Praxis der Richter unterer Gerichte in einem Bezirk kann sich zu einem Gerichtsrecht verfestigen). Immerhin ist Autorität (nämlich diejenige der oberen Bundesgerichte) in wesentlichem Maße für die Entstehung positiven Gerichtsrechts ursächlich.

Das gilt aber nicht für die ebenso häufig genannte Überzeugungskraft der Urteilsgründe. [1] Diese Gründe sind ganz überwiegend nicht vom betreffenden Gericht gefunden und alles andere als neu. Fast stets stützt sich ein Urteil auf Meinungen aus der Rechtswissenschaft. Jeder Urteilsgrund, und gerade der überzeugende, ist schon gedacht, irgendwo im Schrifttum niedergelegt und dort vom Richter gefunden worden. Die Güte der Begründung kann also nicht Ursache, sondern allenfalls Voraussetzung für den rechtsbildenden Erfolg eines Urteils sein. Nicht selten werden sogar Irrtümer zur Grundlage einer Rechtsentwicklung. [2] Ein Urteil - ob treffend oder irrig begründet, ob vom Ober- oder Instanzgericht erlassen - nimmt immer an der Gerichtsrechtsbildung teil und ist zu seinem Teil Baustein der Rechtsentwicklung. [3]

Das wird in Deutschland aus doktrinären Gründen gern verkannt. Man sagt: nur das Gesetz (im materiellen Sinne) ist Grundlage der richterlichen Entscheidung. So fordert es das Programm der Gewaltenteilung, die aber doch nur Postulat ist. (Das wird durch das - wissenschaftlich - diabolische Wort 'Prinzip' verschleiert.) Jede Darstellung der Staatslehre bemüht sich mit Erfolg, eine große Zahl von Durchbrechungen der Gewaltenteilung aufzuführen. Nun, Möglichkeit und Wirklichkeit des Gerichtsrechts sind eben eine weitere 'Durchbrechung' [4]. Diese Sicht einer Außenseiterrolle ist aber dem Gerichtsrecht nicht angemessen. Über seine Bedeutung erhält man Aufklärung durch einen Blick in die Erläuterungsbü-

---

1) Anders: Heck 3/246.

2) Zitelmann 1/349 f., Neigenfink; a.A. Loening 44 N.3.

3) Ähnlich Hedemann 4/289; Esser 4/284; übertrieben Less 61: "Zu Recht wird die richtig, d.h. im Einklang mit dem allgemeinen Rechtsempfinden aufgestellte Regel bereits durch den ersten Richterspruch, der sie formuliert, nicht erst durch beständige forensische Formulierung".

4) Gerichtsrecht und Gewaltenteilungslehre halten für vereinbar: Radbruch 1/355, 364, Koellreutter 258, Triepel 1/93, W.G. Becker 2/258, Less 90-97 (sehr scharf gegen die Rolle der Gesetze), Düringer 3/194, Cardozo 1/70, Weinkauff 1/18.

cher zu den Gesetzen, welche anhand der Rechtsprechung über diese Gesetze verfaßt sind und z.T. einen gegenüber dem Gesetzestext mehrhundertfachen Umfang haben. [1] In den USA (allerdings einem Land des Präjudiziensystems) hat das sogar zu der extremen These geführt, nur das von den Gerichten gesprochene Recht sei Recht. Nicht schon die Gewohnheit sei es, da sie erst von den Gerichten anerkannt, und auch nicht das Gesetz, da es erst ausgelegt werden müsse. [2]

Diese Theorie arbeitet mit einem anderen Begriff von 'Recht'. [3] Diskussionen über Möglichkeit eines Richterrechts, die z.B. über die Frage 'Muß die Bildung des Richterrechts gesetzlich sanktioniert werden ?' u.ä. geführt worden sind, sind heute selten. Für die Möglichkeit eines Gerichts(Richter-, Urteils-, Recht-

---

1) Gegenbeispiel: Der Adhäsionsprozeß (§§ 403 ff. StPO) hat sich nicht eingebürgert (vgl. Geigel 30, 14). Es sind daher kaum Rechtssätze über ihn vorhanden - jede Kommentierung der Vorschriften ist denkbar kurz. Wie aber wäre es, wenn von diesem Institut ein reger Gebrauch gemacht worden wäre ?!

2) Cardozo 1/140, dort zitiert: Gray, W.J. Brown u.a.
Ähnlich sogar Sauer (1/122): Das Recht ist zwar logische Voraussetzung seiner Anwendung, jedoch ist auch umgekehrt Recht ohne Anwendung nicht möglich; ja, das Recht ist bei lebens- und sinnvoller Betrachtung geradezu angewendetes Recht.
Gegen solche Thesen: Kelsen 11/234.

3) Sie geht aber von einem zutreffenden Gedanken aus, den Fritz (19) so formuliert:

> "Das Recht gewinnt nur im Richterspruch wirklich Gestalt, der Richter ist Träger der Rechtsentwicklung."

Eine deutliche Vorstellung vom Einfluß des Gerichtsrechts - mit dem wir uns schon angesichts der Befugnisse und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vertraut machen sollten - gibt die Bemerkung von Hughes, damals Chief Justice des Supreme Court der USA, (zitiert von W.G. Becker 2/256 N.415):

> We are under a constitution; but the constitution is what the judges say it is.

Gewisse Urteil des BVerfG haben Gesetzeskraft. Es wird nicht verkannt, daß hierin kein besonders gutes und gar kein zwingendes Argument für die Möglichkeit des Richterrechts liegt, denn diese Wirkung wird dem Urteil des BVerfG ja erst durch ein Gesetz beigelegt; sie ist also abgeleitet und folgt nicht unmittelbar aus der in Deutschland geltenden Rechtserzeugeverfassung.

sprechungs-)rechts haben sich viele ausgesprochen. [1] Oft bleibt die Meinung eines Autors in der Schwebe, da er nicht unterscheidet zwischen

1. Rechtsfindung auf außergesetzlichen Grundlagen (was gerne 'freie richterliche Rechtsschöpfung' genannt wird, s. o. S. 82);
2. Entstehung positiven Rechts (auch objektives, generelles Recht genannt) aus Gerichtsurteilen.

Auch bei den Gegnern des Gerichtsrechts [2] ist die wahre Stellung oft unklar, da sich mancher Schriftsteller, als säße er wegen fraus legis auf der Anklagebank, um ein forciertes Bekenntnis zur Gesetzestreue bemüht und dabei das Eigengewicht des Richterspruchs vernachlässigt. [3] Eine Möglichkeit zur Verdeckung

---

1) Gierke 1/179, Danz 2/44, 4/204, Kuhlenbeck I 24 f., Ehrlich 4/292, Oertmann 3/18 f., Düringer 3/199, Heck 3/22, RG JW 22/910, Kantorowicz 6/94, Sauer 1/148 (leicht verschwommen), Mezger 2/41, Zweigert 1/248, W. G. Becker 2/256, Esser 4/272 u. ö., Kelsen 4/259, Rehfeldt 2/155, Brüggemann 163.
Less (60): "Das richtige Präjudiz bindet genau wie das Gesetz." (Zu weitgehend.)
Die gesetzgeberische Funktion der reichsgerichtlichen Judikatur wurde schon bei den Verhandlungen über den Sitz des RG betont. Kulemann (149 fordert gesetzliche Ermächtigung, Mezger (2/42): Der Richter ist "eigens vom Gesetz bestimmte Rechtsquelle".
Dagegen: Danz 4/205, Kuhlenbeck I 25, Schloßmann 1/37.
Werner, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts (19), spricht vom Rechtsfortbildungsauftrag des Richters, "der weit über das hinausgeht, was früher der Richter an Lückenergänzungen des Gesetzes und an Klärungen von Zweifelsfragen zu bewältigen hatte. Die Gerichte entwickeln sich immer mehr zu einer Art von zweitem Gesetzgeber."
Zustimmend Haueisen 322.

2) Gegen die Möglichkeit eines Gerichtsrechts stimmen: Stampe 2/419, 716 (!), Riezler 2/168, Gmür 96, H. Lange 4/44 ("keine selbständige -?- Rechtsquelle"), Reichel 3/108 f. (sogar er!), Katzenstein 81 und die wohl noch immer überwiegende Zahl aller praktischen Juristen.
Im Jahre 1895 fand der Amerikaner Gray (33) nur einen einzigen deutschen Autor (Dernburg), der für die Möglichkeit des Gerichtsrechts eintrat.

3) Zitelmann 2/25, Bülow 2/774, Heinsheimer 21 ff. (besonders kraß), Kiss 2/467,
obwohl die drei Erstgenannten, entgegen mancher Formulierung, Anhänger des Richterrechts sind.

des Gerichtsrechts bietet sich in seiner Normierung als Gewohnheitsrecht. [1] Das Gewohnheitsrecht ist zwar als neben dem Gesetz eigenständig anerkannt, wird aber - seit den großen Kodifikationen in Deutschland - stets etwas über die Schulter angesehen. So kann man das Gerichtsrecht entschärfen und zur 'Randerscheinung' degradieren. Insgesamt gibt es also drei Arten von positivem Recht: Gesetz, Gewohnheitsrecht, Gerichtsrecht [2].

Der Unterschied zwischen Gerichts- und Gewohnheitsrecht ist in dem gänzlich verschiedenen Zustandekommen zu suchen; z.B. ist beim Gerichtsrecht eine opinio iuris nicht eigens zu prüfen, da sie nicht seine Voraussetzung ist [3], während sie nach ganz h.M. bei der Entstehung von Gewohnheitsrecht unabdingbar ist [4].

Ein Urteilsrecht wird auch nicht notwendig durch irgendeine Gewohnheit erzeugt; ein, zwei, drei Urteile des BGH können schon - und zwar bevor sie von unteren Gerichten befolgt worden sind - eine neue Lage schaffen, d.h. das positive Recht ändern [5]. Die das Gewohnheitsrecht konstituierende Gewohnheit ist demgegenüber ein Vorgang ganz anderer Art. [6]

Auch in der Anwendung werden Gewohnheits- und Gerichtsrecht ganz verschieden behandelt. Gibt es beim Gewohnheitsrecht die beiden Stufen [7]

---

1) Das Gerichtsrecht halten für Gewohnheitsrecht:
Gierke 1/179, Dernburg 1/64, Hatschek 112, Oertmann 3/18f., Wüstendörfer 297-300, Reichel 3/102, Kantorowicz 6/95, Mezger 2/41, Sauer 1/148.
Die zutreffende Trennung von Gerichts- und Gewohnheitsrecht führen durch: Bülow 1/44, Gerland 1/20, 2/15, H. Isay 1/237 (dort auch gemeinrechtliche Literatur zitiert), Brüggemann 165 f., Germann 3/45 ff., Radbruch 3/34 (wohl auch), H. Lange 4/39 (anders 44), Less 61 (Wortlaut s.o. S. 86).

2) Germann 3/45; etwas andere Einteilung bei Ehrlich 3/28.

3) Gerland 1/20 N. 23, Brüggemann 165.

4) Zum Beispiel Binder 2/700, Beling 1/61;
a.A. Oertmann 3/17 f., Guggenheim I 47, Kelsen 11/231 f.; überhaupt ganz Ehrlich 3/34.

5) H. Isay 1/241.

6) Gerhard Funke (3): Gewohnheit "umfaßt nach alter, auch heute akzeptierter Auffassung ein Ganzes von Handlungen und Verhaltensweisen, die den einzelnen im Rahmen einer sozialen Gemeinschaft binden".
Drost (49): Gewohnheit ist die durch dauernde Wiederholung eines bestimmten Verhaltens gezeigte Neigung zu diesem Verhalten.

7) Soml6 2/373 (mit Literatur).

1. Wie lautet es ?
2. Wie ist es zu verstehen ?,

so kommt es beim Gerichtsrecht hauptsächlich nur zur Deutung gemäß der zweiten Stufe. Die Frage nach seinem Wortlaut ist untergeordnet, da es meist in wenigen Urteilen formuliert vorliegt.
Gewiß gibt es zahlreiche Ähnlichkeiten - aber die bestehen ja auch zum Gesetzesrecht. Sie können nicht dazu führen, zwischen Gerichtsrecht und Gewohnheitsrecht eine Einheit herzustellen, die in allen Einzelfragen der Anwendung wieder verlassen werden müßte.

Eine neue Theorie ('Einstimmungstheorie') für das Verhältnis Gerichtsrecht - Gewohnheitsrecht stellt Rehfeldt (2/145) auf:
"Es entsteht Recht, wenn die Rechtsprechung in die Volkssitte oder die öffentliche Meinung in die Rechtsprechung einstimmt.
Gewohnheitsrecht kann danach ohne die Mitwirkung der Rechtsprechung nicht entstehen.
So verschwindet denn endlich das ungreifbare Gespenst des außergerichtlichen Gewohnheitsrechts."

Diese Theorie stimmt nicht, wie sich z.B. am Völkerrecht erweist: Das Gewohnheitsrecht ist dort viel umfangreicher als das Gerichtsrecht. Bei der Armut an Völkergerichtsbarkeit könnte es gar nicht dazu kommen, daß die Rechtsprechung in alle Staatengewohnheiten 'einstimmte'. Immerhin erkennt auch eine solche Theorie die Eigenbedeutung des Gerichtsrechts: sie läßt das Gewohnheitsrecht sogar in ihm aufgehen.

Die Frage des Gerichtsrechts macht übrigens nicht nur in der deutschen Lehre Schwierigkeiten. Merkwürdigerweise bemüht sich auch die englische Doktrin, um die Anerkennung des Gerichtsrechts herumzukommen. [1] Indessen gelingt es anscheinend überall, die Wirklichkeit dem Dogma zu unterwerfen. [2] Die Hartnäckigkeit, mit der man sich überall weigert, das durch Richter und Gewohnheit geschaffene positive Recht in seiner vollen Bedeutung anzuerkennen, mag verwundern. Sie ist aber nicht so unverständlich.

Der Mensch strebt nach einer Bindung über das, was er freiwillig anerkennt, hinaus. Er wünscht, daß sein Wille auch in künftigen Zeiten herrsche; und er beruhigt sich nicht dabei, wenn er nur durch eigene Entscheidung gebunden ist.

---

1) Zum Beispiel teilweise Allen 281-288, 341;
Näheres darüber bei Rehfeldt 2/152 ff.

2) Allen (176): Where the English judge introduces new law under the guise of old precedent, the French (continental) does so under the guise of a new interpretation of the lex scripta. The code theoretically remains supreme.

Deswegen richtet er für die Zukunft Gesetze auf und ehrt die überkommenen selbst dann noch, wenn sie überholt sind.
Ist dies nicht ein Ausdruck der Schwäche, die der eigenen Freiheit nicht trauen mag? Die sittliche und rechtliche Autonomie scheint dem Menschen verdächtig; und so sucht er dem Recht einen heteronomen Impuls zu verleihen, indem er sich an Vergangenes bindet und Künftiges zu binden trachtet. Unmittelbare Folge dieser Einstellung ist es, dem geschriebenen Recht, wenn es von älterer Hand stammt, größere Bedeutung einzuräumen als dem, was auf Grund der gesellschaftlichen Urteile und tatsächlichen Übung wirklich das positive Recht ist.

Wegen der immer steigenden Bedeutung des Gerichtsrechts in Deutschland (die großen Gesetzbücher veralten; was ist z.B. noch mit den Vorschriften des BGB über das Arbeitsrecht anzufangen?) wird eine Technik für Auslegung und Anwendung der in den Präzedentien enthaltenen Rechtssätze erforderlich. Die deutsche Lehre wird sich dabei an die Ergebnisse der Common-law-Forschungen halten können. Das von mancher Seite - ohne eingehende Kenntnis - gescholtene Präjudizienwesen des angloamerikanischen Rechtskreises erhält damit unmittelbaren Belang. Man wird sich eingestehen müssen, daß alles, was dort gemacht wird und uns fremd anmutet, unter anderem Namen und ohne Identitätsbewußtsein auch bei uns längst geübt wird.

Den Wissenschaftlern ist dies nicht verborgen geblieben. [1] Wie unausweichlich

---

1) Gerland (2/11): "Wir haben de iure kein Praecedentiensystem, wohl aber setzt sich ein solches de facto durch, so daß man mit Recht von einem Kryptopraecedentiensystem (Llewellyn) gesprochen hat."
Allen (337): In continental systems in practice recorded precedents exert a considerable influence, which may be said to be on the increase.
Zeiler (2/402, schon 1912): "Unser Rechtsleben krankt an einem 'Kryptopräjudizienwesen'. Es kann gewiß nicht gut sein, wenn man täglich offiziell und laut das Präjudiziensystem leugnet, ihm aber in der Praxis durch das oberflächlichste Konsultieren der reichsgerichtlichen Judikatur ebenso beständig huldigt."
Zustimmend: Koellreutter 254.
Llewellyn (I 112): "Das RG ist de facto eine gesetzgebende Instanz, und jedes Gericht höchster Instanz wird es werden."
"Ein Präjudizienwesen greift im deutschen Recht weiter in irgendeiner Form um sich" (I 49).
Wieacker (3/15): "Praktisch spielt der Thesaurus der Judikatur in der deutschen Rechtsprechung trotz der Bindung des kontinentalen Richters an Gesetz und begrifflich-systematischen Denkstil kaum eine viel geringere Rolle als in der großen römischen Jurisprudenz und in der angelsächsischen Justizkultur."

eine solche Entwicklung ist, zeigt das Schicksal des art. 5 code civil (Frankreich), der eine Berufung auf Vorentscheide verbietet, aber seine Wirkung völlig verfehlt hat. [1] Aufschlußreich ist auch der Wandel im Denken von Gerland (einem der hervorragendsten Kenner des englischen Gerichtswesens), der dieses System hinsichtlich seiner Brauchbarkeit zwanzig Jahre bekämpfte, dann aber zur Anhängerschaft einer Einführung der Präzedenzbindung konvertierte. [2]

Eine Lehre über den Umgang mit dem Gerichtsrecht muß indessen noch geschaffen werden.

Beziehungen zwischen Richter und positivem Recht bestehen - nach den Ausführungen dieses Abschnitts - auch im Hinblick auf die Erzeugung genereller Rechtsnormen.

## III. ABSCHNITT
## UNABHÄNGIGKEIT DES RICHTERS VOM POSITIVEN RECHT

In den beiden vorangegangenen Abschnitten ist die Bindung des Richters an das positive Recht und die Mitwirkung bei dessen Erzeugung, also das positive Verhältnis zwischen beiden geschildert worden. In nicht wenigen Bereichen seiner Tätigkeit bleibt der Richter aber frei vom positiven Recht. Offen ans Licht tritt das beim Judizieren sine lege (Fall der Lücke). Was sich des weiteren hinter Begriffen wie 'Abweichung vom Gesetze' und 'Freie Rechtsfindung' verbirgt, ist danach zu klären.

---

Fortsetzung der Fußnote 1) von Seite 91:
W. G. Becker (2/258): "Gegenwärtig (1956) ergeht geradezu die Aufforderung zu einem judge-made-law in bezug auf die Gleichberechtigung, Währungsverfall, Ruinenhypotheken, Zonenspaltung."
Ferner: Reichel 3/134, Hedemann 4/287, Zweigert 1/248, Rabel 345, Esser 4/272. Dagegen: Grünhut 156, Katzenstein 81.

1) So R. Pound 181, Saleilles 123, vgl. auch W. G. Becker 2/257.

2) Vgl. einerseits 1/26, 28, 36, 3/771-773;
und andererseits 2/26, 4/5.

# A. Lücken

## AA. Systematische Darstellung

### 1. Was ist eine Lücke ?

Der Mangel an einer positiven Rechtsnorm für einen Sachverhalt. [1] Der 'Mangel' an einer 'positiven Rechtsnorm' für einen 'Sachverhalt' - diese Merkmale bedürfen näherer Erklärung. Man betrachte die Situation, in der das Bestehen einer Lücke offenbar wird. Der Jurist sucht nach der rechtlichen Regelung für einen ihm vorgelegten Fall.

Ein Beispiel bietet der Herrenreiterfall: Ersatz für den Schaden durch Ehrverletzung, auch insoweit er nicht in Vermögenseinbuße besteht ? §§ 253, 847, 1300 BGB: Nur bei Leibesverletzung und Defloration.

Früher sagte man: Also kein Geld in anderen Fällen, auch nicht bei der vorliegenden Beleidigung.

Heute sagen die Gerichte: Die Ehrverletzung ist im Gesetz nicht berücksichtigt; es fehlt eine Norm, welche einen Geldanspruch gibt. Es besteht eine Lücke. [2]

Gleich hier sei eingefügt, wie wenig mit dem Begriff der Lücke zu gewinnen ist: Erst wenn man entschlossen ist, über das Gesetz hinauszugehen, wird man von einer Lücke reden. Die Entscheidungsnorm ist längst gefunden, ehe man zum Wort 'Lücke' greift. Dabei geht die Feststellung der Lücke ihrer Ausfüllung logisch voraus. Die Entscheidung wird eben nicht mit der Logik gefunden. Die wissenschaftliche Begründung des Urteils, wie sie bei uns geübt wird, sie erst benötigt den Begriff der Lücke.

Trotz der beschränkten Bedeutung sind unter ihrer Überschrift bedeutende und umfangreiche Auseinandersetzungen gelaufen,und so ist es noch heute (im Völ-

---

1) Ähnlich Ehrlich 5/339, Meier-Hayoz 59: Fehlen des erforderlichen Rechtssatzes. (Ferner auch E. Huber 354, Engisch 2/101.,
Die 'Erforderlichkeit' ist kein Begriffsmerkmal der Lücke, denn deren Vorhandensein wird nicht am Bedarf gemessen, sondern einfach daran, ob eine Rechtsnorm für den vorgelegten Sachverhalt da ist oder nicht. Die 'Erforderlichkeit' soll verhindern, daß auch dort von einer Lücke gesprochen wird, wo das Recht (genauer: der Richter) überhaupt nicht eingreift (z.B. in gewissen persönl. Bereichen). Hier besteht aber schon deswegen keine Lücke, weil ein Satz des Gewohnheits- oder Gerichtsrechts diesen Bereich von der Justiziabilität ausschließt. Die Anschauung der Gesellschaft entscheidet, ob ein Lebensverhältnis der rechtlichen Sphäre angehört oder nicht.

2) BGH NJW 58/827-830, bestätigt vom BGH BB 63/409 (nicht unwidersprochen).

kerrecht). Sie hätten einen treffenderen Titel verdient.

Nachdem der Begriff aber im wissenschaftlichen Vokabular fest eingebürgert ist, muß auf ihn eingegangen werden.

Also: Wenn heute ein Gericht einem Beleidigten (unter bestimmten Voraussetzungen) einen Anspruch auf Schmerzensgeld zuspricht, so hat es eine Lücke im BGB angenommen.

Es fehlt im Gesetz ein Paragraph des Inhalts: 'Im Falle der Verletzung der Ehre kann der Verletzte eine billige Entschädigung in Geld verlangen.'

Diskussion darüber, ob überhaupt ein Mangel vorliegt, ist selbstverständlich möglich. Vom Begriff der Lücke macht auch regelmäßig nur derjenige Gebrauch, der eine Lücke gefunden zu haben vorgibt und sie nun - gegen die bisherige Juristenmeinung - ausfüllt. Der Begriff erhält dadurch einen subjektiv-polemischen Anstrich, der seine Klarlegung erschwert. Gleichwohl hat er seinen objektiven Inhalt: Mangel an positivrechtlicher Regelung.

Der Mangel muß nicht im Gesetz bestehen: wo das Gerichts- und Gewohnheitsrecht eine faßbare Regelung enthält, ist keine Lücke.
Beispiel: Das Tun, welches uns die sogenannte Verkehrssicherungspflicht auferlegt, geschieht nicht unter Ausfüllung einer Lücke des Deliktsrechts, sondern in Gehorsam gegenüber den positiven Normen des hier einschlägigen Gewohnheits- und Gerichtsrechts.

Solche Normen wird es bei älteren, unzureichend gewordenen Gesetzen fast stets geben; Lücken bleiben im Zeitalter eines (Teil-)Deutschlands mit 11.501 Richtern [1] nicht lange unentdeckt und werden bald geschlossen.

Das dritte Begriffsmerkmal ist: Eine Lücke besteht nur dort, wo ein bestimmter Sachverhalt nicht geregelt ist, also ein realer, das heißt im Leben sich ereignender Vorgang. Nur gedachte Vorkommnisse decken keine Lücken in der Rechtsordnung auf. Es gibt keine Lücken in abstracto; das Leben schafft sie und stellt damit die Juristen täglich vor neue Fragen.

2. Existenz von Lücken

Gibt es überhaupt Lücken? Diese Frage ist mit einem heute (wieder) selbstverständlich erscheinenden, ganz unbedenklichen Ja zu beantworten. [2]

---

1) A. Wagner 131 (Stand 1958/59).

2) Über die Gegner - sie waren bis 1888 unbestrittene, danach bis 1910 herrschende Meinung, heute nur die Reine Rechtslehre - s. u. S. 104.

Wenn es oben hieß: Lücke = Mangel an einer Rechtsnorm für einen Sachverhalt, so setzt der Positivist alter Schule dem entgegen: 'Wo keine Norm, da keine Rechtsfolge für den Sachverhalt.' Wenn sich für einen Anspruch keine rechtliche (gesetzliche) Grundlage findet, muß die Klage abgewiesen werden. Dieses Argument hat es sehr leicht gehabt: Denn einmal meint es etwas Richtiges, und zum anderen setzt es die Lösung der aufgeworfenen Frage schon voraus. Es hat nämlich wenigstens zwei Bedeutungen:

a) Steht hinter einem eingeklagten Anspruch nicht 'das Recht' (Recht in der Bedeutung wie in 'Gesetz und Recht'), so ist er unbegründet.
Das ist richtig.

b) und das meinen diejenigen, welche das Argument handhaben, wirklich:
Steht hinter einem Anspruch nicht das bisherige, bereits formuliert vorhandene Recht, so ist er abzuweisen.
Das stimmt aber nicht.
Der Satz setzt voraus, daß der Richter allein das positive Recht, und dieses auch nur, soweit es bisher voll entstanden ist, anwenden dürfe, also daß er an der Rechtsfortbildung nicht beteiligt sei.

Die Voraussetzung ist falsch. Sie hat überhaupt nur kurze Zeit ausschlaggebende Wirkung ausgeübt (während des 19. Jahrhunderts) [1].
Ihre Behandlung ist Teil der Frage nach dem Verhältnis von Richter und Gesetz und den Grundlagen des richterlichen Urteils (s. o. S. 26, 84-91).

Auch hier zeigt sich, wie zweitrangig die Lückenproblematik ist: Das Kriterium dafür, ob es Lücken geben kann oder nicht, gehört einem anderen Fragenkreis an. (Einige Schriftsteller legen indessen die Betonung doch auf die Lückenfrage: das kann aber nicht irremachen. Die Entscheidung eines Problems fällt - methodisch gesehen - dort, wo der Mensch handelnd tätig wird: das ist bei Fragen der Rechtsfindung in erster Linie der Richter.)

Mit der Überlegung 'Wo kein Gesetz, dort kein begründeter Anspruch' ist also gegen die Existenz von Lücken nichts auszurichten.

Die Überlegung bleibt aber von Wichtigkeit bei der Frage, wo eine Lücke ist. Sie ist dann nichts anderes als das vertraute argumentum e contratio. Aus dem Schweigen des Gesetzes muß nicht geschlossen werden, der erhobene Anspruch sei unbegründet, jedenfalls zunächst noch nicht. Stellt sich nach Prüfung der außerpositivrechtlichen Grundlagen heraus, daß dem Kläger ein solcher Anspruch nicht zusteht, erst dann ist er abzuweisen. Das Schweigen des Gesetzes ist nie unbedingter oder alleiniger Abweisungsgrund.

---

1) Reichel 3/95.

Wie ist im Falle des Schweigens zu verfahren?
Findet man im positiven Recht keine Norm für den vorgelegten Sachverhalt, so fragt es sich, ob das Schweigen so auszulegen ist, daß eine den Anspruch verneinende Norm vorhanden ist.

Zum Beispiel: Ist die Verletzung eines Forderungsrechts durch § 823 BGB geschützt?
Ist Sachbeschädigung auch bei Fahrlässigkeit strafbar (§ 303 StGB)?
Beide Fragen sind zu verneinen. Die Antworten besitzen Geltung als positives (Gerichts- oder Gewohnheits-)Recht.

Solche kräftigen Normen, die für unumstößlich gehalten werden [1], hat das argumentum e contrario mitgeschaffen [2]. Das Verfahren hierzu war die Auslegung; das Werkzeug die 'juristische Logik', deren Bestandteil das argumentum ist. Das 'Schweigen' des Gesetzes führt also in (sehr zahlreichen) Fällen zur Entstehung eines positiven Rechtssatzes.

So sind zwei Verfahren - und nur sie - beim Schweigen des Gesetzes denkbar:
entweder haben Rechtsprechung und Gewohnheit einen einspringenden Satz gebildet,
oder es besteht eine Lücke, und der Richter hat die richtige Entscheidungsnorm erst zu suchen.

Im ersten Fall - außergesetzliches Recht hat den Tatbestand inzwischen geregelt - liegt keine Lücke im Recht vor, nur eine innerhalb des Gesetzes [3]. Die Ge-

---

1) Im Falle der Forderungsverletzung heute wohl nicht mehr allseits. (Die Frage war auch früher schon einmal umstritten.)

2) Jedenfalls, soweit Denkvorgänge beteiligt sind. Zur Bildung des Gewohnheitsrechts gehört ja noch die Übung.

3) Der Begriff der Gesetzeslücke ist zweideutig:
1. Mangel an gesetztem Recht z.B. z.Z. Teile des Eltern-Kindschafts-Rechts im BGB sowie im IPR, Völkerrecht;
2. Mangel an gesetztem Recht innerhalb des Gebietes, welches von einem Gesetz geregelt ist - z.B. (wie eben erwähnt) im Familienrecht.
Nur Fall 2 sollte Gesetzeslücke heißen, denn man kann die Lücken des Völkerrechts nicht gut 'Gesetzeslücken' nennen. Der Ausdruck 'Lücke' ist nur in bezug auf ein geschlossenes Ganzes sinnvoll - wie das Elternrecht des BGB, das positive Recht, die Rechtsordnung überhaupt. Das Völkerrecht aber ist hinsichtlich seiner Regelung durch Gesetze kein Ganzes.
Auch abgesehen von dieser Doppelbedeutung: Der Gebrauch des Wortes 'Lücke' im Sinne von Gesetzeslücke ist bedauerlich, da er entbehrlich ist und auch nicht immer als solcher gekennzeichnet wird und dann sofort zu Mißverständnissen führt. Indessen ist das leider eingebürgert. Manches Problem schaffen sich die Wissenschaftler erst selbst.

setzeslücken sind unübersehbar zahlreich: Ihr Bereich innerhalb des vom betreffenden Gesetz umfaßten Lebensausschnittes ist wohl zumeist größer als der Bereich, den das Gesetz nun tatsächlich geregelt hat.

Das Schweigen des Gesetzes reißt nur dort keine Lücke,
a) wo das Gesetz selbst und ausdrücklich erklärt, daß ein Anspruch unter bestimmten Umständen nicht gegeben sei
(Fälle der durch Gesetz gebundenen Auslegung, z.B. § 1717 Abs. I Satz 2 BGB: Mehrverkehr der unehelichen Mutter),
(wobei aber immer noch offen bleibt, ob der Anspruch nicht auf eine andere Norm - anderes Gesetz oder Gewohnheitsrecht - gestützt werden kann);

b) wo mittels Auslegung - und nur durch sie - dem Gesetz entnommen werden kann, daß es für einen bestimmten Fall nicht gilt.
Kann dieser Satz nicht aus dem Gesetz entnommen werden, sondern müssen andere Maßstäbe herangezogen werden, so war insoweit das Gesetz doch lückenhaft.

Der letzterwähnte Fall - wie weit reicht die Regel des Gesetzes, und wo hört sie auf? - ist sehr schwierig zu lösen, und es gibt nicht zwei Schriftsteller, die hier einer Meinung sind. [1)]

Die Erörterung der Frage 'Was bedeutet ein Schweigen des Gesetzes?' hat in übergeordnete Bereiche geführt, wo sie nebenbei mitbeantwortet wird. Der Satz

> Findet ein Anspruch keine erschöpfende Begründung im Gesetz, so ist er abzuweisen,

ist eine grobe Simplifikation und daher falsch. In den allermeisten Fällen beginnt die Rechtsfindung - jedenfalls die hier allein interessierende durch den Richter - erst individuell zu werden, nachdem man das positive Recht hat zu Wort kommen lassen. Die Konkretisierung der positivrechtlichen Regeln, die Gewinnung der Gerechtigkeit des Einzelfalls ist ein derart vielfältiger Vorgang, daß man sowenig wie aus dem Sprechen des Gesetzes (s. o. S. 25 f.) aus seinem Schweigen eine endgültige Entscheidung ableiten kann. [2)]

Nur in den - recht seltenen - Fällen, wo ein Gesetz kasuistisch gefaßt ist und allein die Auslegung dazu führt (Fall b), siehe oben), sein Schweigen in eine den Anspruch verneinende Norm zu deuten - nur dort ist der Satz 'Schweigen zieht Klagabweisung nach sich' zutreffend.
In allen übrigen Fällen (des Schweigens) liegt eine Lücke des Gesetzes vor, die zugleich - wenn sie nicht durch Gewohnheits- oder Gerichtsrecht ausgefüllt wird - eine Lücke im positiven Recht ist.

---

1) Siehe oben S. 19 ff.: "Reichweite des Gesetzes".
2) Ähnl. Engisch 2/95.

3. Feststellung von Lücken

Wie trifft man auf eine Lücke?
Der Jurist sucht nach der rechtlichen Qualifikation eines Sachverhalts, den er entscheiden soll. Die Suche hat eines der folgenden drei Ergebnisse:

a) Er findet eine Vorschrift, die ohne weiteres paßt.
Zum Beispiel Sachverhalt: Die telefonisch bestellte Ware ist beim Transport beschädigt worden. Wer bezahlt? Norm: § 447 BGB: Die Gefahr beim Versendungskauf trägt der Käufer.

b) Die Suche führt zu einer Vorschrift, die passen könnte.
Zum Beispiel: Ein Grundstücksuchender hat - wie üblich - mit dem Makler vereinbaren müssen, daß bei seinem Rücktritt vom vermittelten Vertrage die Provision nicht zurückgezahlt wird.
Der Rückzahlungsverzicht ist 'an sich' bindend - aber kann man ihn nicht als Vertragsstrafe ansehen und - als überhöht - herabsetzen (§ 343 BGB) ?

Durch Auslegung sucht man Sachverhalt und Tatbestand der Rechtsnorm einander ähnlich zu machen. Die Reichweite der Norm wird bestimmt.
An der Grenze der Reichweite beginnt die Lücke. [1] Die Entscheidung wird dann auf andere Grundlagen gestützt (Rechtsprinzipien oder außerrechtliche Maßstäbe).

c) Man findet keine Vorschrift, die den Sachverhalt entscheidet. Die Lücke ist dann sogleich offenbar.
Dieser Fall ist selten.

Die Juristen scheuen allerdings auch davor zurück, einen Mangel an jeglicher Norm einzugestehen.
Beispiel: Das Weltraum'recht', ein Bereich, dessen Normödheit evident ist und vollkommener gar nicht gedacht werden kann.
Mancher sieht sich aber auch hier noch nicht von den Normen verlassen und ist in der Lage, anhand der vom Sachenrecht her erlernten Begriffe und in Analogie zum Luftfahrtrecht einen kompletten Kodex zu konstruieren.

Am häufigsten kommt der zweite Fall vor. Ein Analogieschluß tritt in die Lücke ein. Fast stets sind Normen vorhanden, die in der Nachbarschaft des zu entscheidenden Sachverhalts liegen. Man glaubt dann gewöhnlich, das Gesetz habe doch

---

1) Anders nur scheinbar Esser 3/377: "Zwischen Auslegung und Lückenfüllung besteht kein grundsätzlicher Unterschied". Dieser Satz schließt die Meinung des Textes: 'Nur soweit keine Lücke, als Auslegung möglich', nicht aus. Bei der Lücken'füllung' ist nämlich das positive Recht, insoweit es grundlegende Gedanken enthält, mit maßgebend (s. u. S. 101 f.).

noch den Spruch geliefert,und verschweigt die außerrechtlichen Überlegungen, die in Wahrheit überwiegend verantwortlich sind. [1]

Lücken befinden sich überall dort, wo der Jurist auf außerrechtliches Gebiet gewiesen wird. [2]

4. Vorkommen von Lücken

Beispiele:
BGB: Als das Gesetzbuch in Kraft trat, war der Inhalt von Ausdrücken wie 'Geschäftsbesorgung' (§ 675), 'sonstiges Recht' (§ 823), 'ohne rechtlichen Grund' (§ 812), 'durch ein Tier', 'derjenige, der ein Tier hält' (§ 833), noch offen. [3]

Figuren, die das BGB nicht kennt und z.T. absichtlich nicht verwendet hat, die aber in lückenfüllender Rechtsfindung vom RG geschaffen bzw. wieder aufgegriffen worden sind [4]:
exceptio doli, clausula rebus sic stantibus, positive Forderungsverletzung [5], culpa in contrahendo [6], die Unterlassungsklagen [7].

Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts [8].

§ 657: Eine Belohnung ist ausgelobt. Mehrere Personen erbringen die verlangte Handlung. Wie ist die Summe zu verteilen? [9]

§ 447: Wer trägt die Gefahr bei Versendung der gekauften Sache innerhalb derselben Stadt? [10]

---

1) Vgl. in diesem Sinne:
Regelsberger 150 (" Der Keim ist noch keine Pflanze."), Schlossmann 1/36 f., Zitelmann 2/35, Stampe 2/714 f., Unger 11, Ehrlich 5/353, Salleilles 91, Reichel 3/103, Sauer 1/130; ähnlich auch Oertmann 1/13; a.A. Gmür 67.
Anders im Falle der sogenannten Verallgemeinerung(der Gesetzgeber hatte den Fall schon mitbedacht): Ehrlich 5/349 f., auch Saleilles 90.

2) Ebenso Rehfeldt, Reichel, Stampe u. die anderen o.S. 33 Genannten.

3) Stampe 2/715.

4) Lobe 2/256.

5) Auch Boehmer 168.

6) Auch: ders. 169, Lobe 1/698, Esser 4/163 (mit RG-Urteilen).

7) Auch Boehmer 169.

8) Lobe 1/698, 2/256.

9) Zitelmann 2/27.

10) Ders. 2/20-22.

Große Teile des Familienrechts in den Jahren 1953 - 1957/58 und im Elternrecht heute wieder [1].

IPR: Das Internationale Privatrecht hat im EGBGB (Art. 7 - 31) nur eine spärliche Regelung gefunden. Die Lücken sind hier besonders stark und brennend [2].

StGB: Entziehung einer Sache, wenn nicht Diebstahl, Unterschlagung, Sachbeschädigung vorliegen: Man läßt einen Ziervogel entfliegen, einen Becher vom Schiff ins Meer rollen. [3]

Strafrahmen sind nach Zitelmann 2/30 keine Lücken, weil dem Richter absichtlich Spielraum gelassen werde, um die Eigentümlichkeit des Einzelfalles zu berücksichtigen.
Da aber eine Lücke überall dort entsteht, wo der Spruch des Richters nicht völlig vom positiven Recht determiniert wird, sind die Strafrahmen wie alle Blankette - je weiter sie sind, desto offenbarer Lücken.
Das Beispiel unterstreicht die Unvermeidbarkeit von Lücken. Sie sind nicht nur dort, wo der Gesetzgeber unaufmerksam war oder der Gesellschaft ein Gebiet zu gleichgültig war, um ein positives Recht zu bilden; die Feststellung einer Lücke bedeutet zunächst überhaupt keinen Tadel für den Normsetzer; denn es gibt - weite Strafrahmen ! - notwendige 'Lücken'.

Weitere Beispiele:
Umwandlungsgesetz: Ist die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine andere Form der Kapitalgesellschaft zulässig?
§ 15 des Gesetzes betrifft nach seiner Begründung lediglich die Umwandlung in eine Personalgesellschaft oder Einzelhandelsfirma.
Das BVerfG - am 7.8.1962, Fall Feldmühle/Flick - bejahte die Frage.

Im heutigen sozialgerichtlichen Rechtsschutzsystem: dazu - mit Beispielen - Haueisen 321-324.

Überhaupt sind Lücken stets dort, wo die Gesetzgebung, eine Frage 'der Wissenschaft und Praxis' zur Beantwortung überläßt. [4] [5]

---

1) Erman-Ronke Anm. 3 vor § 1626 (1 d, e).
2) Zitelmann 2/29.
3) Ders. aaO.
4) Lobe 1/698, Reichel 3/94.
5) Als Beispiel: § 760 BGB E I wurde gestrichen, damit "die Klarstellung zweckmäßig der Wissenschaft überlassen werde" (Prot. 2/741).

## 5. Ausfüllung von Lücken

Die Lücken werden durch Rechtswissenschaft und Rechtsprechung ausgefüllt - so sagt man.
Werden sie wirklich ausgefüllt? Ausgefüllte Lücken wären keine Lücken mehr. Die Lücken bestehen so lange, bis sich für die offenen Tatbestände ein Gewohnheits- oder Gerichtsrecht gebildet hat. Die Lücken bleiben also zunächst offen, aller 'Ausfüllung' zum Trotz.

Mit 'Ausfüllung' ist gemeint: Der Richter setzt etwas an die Stelle der Lücke, damit er entscheiden kann - nämlich eine außerpositivrechtliche Entscheidungsgrundlage. Diese gilt aber nicht etwa nur für die kurze Zeit ihrer Heranziehung zur Urteilsfindung; ihr Bestehen ist so unabhängig von dem Gesetze, wie das Gesetz seinerseits unabhängig von ihr ist. Schon wegen dieser Unabhängigkeit kann man nicht sagen, das Außerrechtliche schließe die Lücke.
Eine außerrechtliche Norm ist auch gar nicht in der Lage, eine Rechtslücke zu schließen; nur eine Rechtsnorm könnte das. [1]
An dem Bild von der Lückenausfüllung ist indessen auch etwas Zutreffendes: Wenn das Recht keine abschließende Entscheidung liefert, so ist das Urteil des Richters noch nicht festgelegt; es ist vom Rechte nicht vollständig - also: nur lückenhaft - determiniert. Die Lücke wird durch Rückgriff auf andere Normbereiche geschlossen.
Jetzt ist von einer Lücke in der Determination der richterlichen Entscheidung die Rede. Diese Lücke wird tatsächlich ausgefüllt - nicht indessen die Rechtslücke, von deren Ausfüllung aber stets, anscheinend unter Verwechslung der beiden genannten, völlig verschiedenen Lückenarten, gesprochen wird.

Wie verfährt man nun, wenn das positive Recht bei der Aufstellung der Entscheidungsnorm im Stiche läßt? Man wendet sich (wie schon oft gesagt) an die außerrechtlichen Grundlagen [2], die wohl stets eine Lösungsmöglichkeit bieten werden.

Der Richter ist nun nicht etwa der Bindung an das Gesetz ledig.
Das Heranziehen außerrechtlicher Maßstäbe ist kein Fortschreiten von Stufe zu Stufe, vielleicht gar nach 'oben' oder 'unten'. Das Werden der richterlichen Entscheidung ist vielschichtig; und die Beziehungen zwischen den einzelnen

---

1) Anders, wer auch die zur Lückenfüllung aufgestellten Sätze als Rechtssätze bezeichnet, z.B.:
Unger 110, Zitelmann 2/25 f., E. Jung 3/164, Walder 110 ('Ergänzungsrecht'), Heck 3/250, W.G. Becker 2/433 (Lückenfüllung sei ergänzende Auslegung).

2) Siehe oben S. 27-43.

Schichten sind äußerst verwoben (und weitgehend noch nicht untersucht - Folge des Ressortdenkens in den geisteswissenschaftlichen Disziplinen).
Die Einflüsse etwa zwischen Gesetz und Lebensordnung, Lebensordnung und Billigkeit, Sitte und Moral, Recht und Sitte, Recht und Moral usw. gehen hin und her. Nicht einer dieser Komplexe läßt sich ohne Blick auf den, die anderen erforschen und beschreiben. Es ist nicht einmal möglich, die meisten dieser Gebiete gegeneinander exakt abzugrenzen. [1] Es herrscht eine Interdependenz von größter Enge und Vielgestaltigkeit.
Der Richter wird nie vom positiven Recht 'frei', er behält seine Wertungen und Einflüsse auch bei außerrechtlicher Bildung der Entscheidungsnorm stets im Auge - ebenso, wie das positive Recht ihm nie die einzige Entscheidungsgrundlage ist. [2] Im Zusammenhang mit der Lückenausfüllung wird ganz besonders deutlich, wie notwendig der Begriff der Entscheidungsnorm ist, um das richterliche Verfahren voll zu erfassen. Wo keine unmittelbar passende Norm vorhanden ist, muß sie der Richter selbst aufstellen, denn sonst könnte er den Sachverhalt nicht beurteilen. Jeder, der sich mit dem Vorgehen gegenüber einer Lücke befaßt hat, ist auf diese vom Richter aufzustellende Norm ('Regel', 'Satz' u.dgl.) gestoßen. Deutlich ist hier Art. 1 des schweizerischen Gesetzbuches. [3] Die Entscheidungsnorm überwindet die Rechtslücken; sie ist hier weitgehend auf außerrechtlicher Grundlage gewonnen.

Nicht nur die Frage nach der Existenz von Lücken, sondern auch die nach deren Ausfüllung findet ihre Antwort in einem anderen Fragenkreis.
Deutlicher läßt sich der Charakter der Lückenlehre als einer wissenschaftlichen Scheinproblematik kaum zeigen.

---

1) Für Recht-Sitte-Moral vgl. o.S. 34, 37.

2) Dieses Nebeneinander, das ja eigentlich ein Sichdurchdringen ist, wird erkannt bei: Saleilles 94, Unger 112, M. Rümelin 2/24 f., Reichel 3/98, Weinkauff 1/27.
Das - falsche - Trennungsdenken hinsichtlich der Entscheidungsgrundlagen herrscht z.B. bei Stier-Somlo 492 f.

3) "Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.
Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.
Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."
In der Wissenschaft:
Heck 5/21 (wie Art. 1 ZGB), M. Rümelin 2/24 f. ('generelle Regel'), Kiss 1/547 ('Ergänzungsregel'), Unger 110 ('generelle Rechtsnorm'), Walder 41 ('Rechtssatz'), Stampe 3/30 ('Gerichtssatz').

BB. Die Lückenlehre der Rechtswissenschaft

1. Die Möglichkeit von Lücken wird heute ziemlich allgemein bejaht.

Oft wird diese Einsicht aber nicht für die Methodologie verwertet, anscheinend also wieder vergessen. [1] Die Methodenlehre ist nämlich noch stark den Grundmeinungen des 19. Jahrhunderts verhaftet. Hieran hat das GG und seine Verarbeitung durch das BVerfG - der materialen Wertphilosophie so sehr aufgeschlossen - bisher noch wenig ändern können.

Jene Zeit, die dann ja auch das ehrgeizige BGB hervorbrachte, stand im Zeichen des Kodifikationsprinzips, d.h. der möglichst vollständigen Erfassung des Lebens durch die Gesetze. [5] Nur die Kehrseite solchen Bestrebens ist die Behauptung von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung. [2] [3] [4]
Man spricht von der 'logischen Geschlossenheit des Rechts'. [6]

Nach dieser Meinung gibt es keine Lücken im Recht. [7] Für die Geschlossenheit

---

1) Rehfeldt 2/152: Die Vorstellung von der Lückenlosigkeit hat unser kontinentales Rechtsdenken geprägt.

2) Stampe 2/713: Das Dogma der Lückenlosigkeit taucht erfahrungsgemäß als Begleiterscheinung umfassender Kodifikationen auf.

3) Über die Wurzeln dieses Dogmas (und damit diejenigen der Methode des späten 19. Jahrhunderts): Hatschek I 155.

4) Wieacker 3/6: Der geistesgeschichtliche Hintergrund des Dogmas ist die Axiomatik des rationalistisch-systematischen Naturrechts (so auch Meier-Hayoz 216); der justizpolitische Hintergrund ist das Kodifikationsideal des kontinentalen Gesetzesstaats.

5) Reichel 3/1: Kodifikationsprinzip = Allgesetzlichkeitsdogma = Lehre von der Alleinherrschaft und Alleingenugsamkeit der Gesetze.

6) Bestritten von Jung 1/; weiterhin gegen sie: Radbruch 1/357, Hatschek 153 f., Rumpf 2/148.

7) § 50 Einl. des preußischen ALR (1794), wonach "vermeintliche (!) Lücken sofort dem Chef der Justiz ... anzuzeigen sind."
ferner: Brinz 164, Affolter 31, Laband, v. Rönne, Zachariae, Bornhak, alle zitiert bei Bergbohm I 367-393 (384), wohl auch Ihering 1/31-43 ('latente Rechtssätze', 'Rechtsorganismus'), Bruns, Binding,zitiert bei Zitelmann 2/39, E. Kaufmann 49, Sohm 1/61 f.
Der repräsentative Theoretiker dieser Richtung, Bergbohm, schreibt:
Das Recht steht in lückenloser Ganzheit da (385). Wer dürfte es komplettieren, ohne sich zur Rechtsquelle aufzuwerfen (386) ?
Seine logische Expansionskraft deckt in jedem Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurteilen (387). Jede Empfindung von Lückenhaftigkeit ist einfach eine Folge der mangelhaften Kenntnisse vom Recht (zitiert bei

steht also die Zauberformel von der 'logischen Expansionskraft' gerade, und im übrigen gibt es nur Lücken im Wissen des Juristen. Die erste Gegenstimme erhob Ehrlich, 1888, in seinem Aufsatz 'Lücken im Recht' (1/). Es folgte Gény (1/7), 1899, und nach den ersten zehn Jahren des neuen Jahrhunderts war das Dogma geschlagen.

Es bildete den Hauptangriffspunkt für die Freirechtsbewegung; und wer immer fernblieb, bekannte sich doch zu dieser ihrer Grundthese [1]. Das Dogma von der Gesetzesallmacht ist heute wissenschaftlich überwunden. [2] Es hat überhaupt nur während einiger Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts geherrscht - allerdings voll-

---

Fortsetzung der Fußnote 7) von Seite 103:

E. Jung 3/21 N. 30; dagegen Bergbohm: Brütt 74).

Heck 3/166: Manche verstehen unter 'Recht' die Gesamtheit der Sollvorstellungen und lehnen deshalb die Lücken ab (so wohl Somló, E. Kaufmann). Bei Einsetzung dieses Maximalbegriffs kann das Wort 'Rechtslücke' nur de lege ferenda gebraucht werden.

Hierzu ist anzumerken:

Damit könnte die Lückenfrage insoweit als Nominierungsproblem beiseite gelegt werden, wenn nicht die Vorstellung einer Lückenlosigkeit noch heute den Blick auf die außerrechtlichen Maßstäbe verstellte.

Dasselbe gilt von der Äußerung Zitelmanns (2/9 f.): Stelle man sich auf den Standpunkt vor Ausfüllung der Lücke, so werde man sagen, das Recht habe Lücken, während man, von nachher gesehen, die Lücken leugnen werde.

Einmal stimmt das nur, wenn man - irrig - die Lückenfüllung als bloße Deklaration von schon vorhandenem Recht ansieht, zum anderen bedarf, wie gesagt, hier auch einmal ein Nominierungsproblem der betonten Klarstellung.

1) Für die Möglichkeit von Lücken im positiven Recht sprachen sich aus: Zitelmann 2/27, Ehrlich, auch in 5/261, 270, Kohler 1/51 (schon 1886, aber nur indirekt), Stampe 2/713, 3/29, E. Jung 1/pass. 5/19, Düringer 3/189, Danz 4/191, 194, Unger 1/108, 2/397, S. Brie 532, Hatschek I 154, Müller-Erzbach 4/7, Heck 7/177, Esser 4/250, M. Rümelin 2/24, 4/50, Oertmann 1/13, Manigk 2/475, Reichel 1/, 3/95, 324, Huber 352, Walder 22/29, Allen 325, Boehmer 165, H. Lange 4/66 f., Meier-Hayoz 59.

In der Rechtsprechung bahnt schon RGZ 24/49 die richtige Sicht an.

2) Gmür, Meier-Hayoz 216.

ständig. Das römische und das germanische Recht waren frei von derartigen Tendenzen. [1] Heute vertritt nur die Reine Rechtslehre eine andere Ansicht [2].

Kelsen (a. a. O.) sagt: Ist ein bestimmtes Verhalten von der Rechtsordnung nicht geregelt, so ist es rechtlich nicht verboten, also erlaubt.

Dieser Auffassung liegen zwei Hauptirrtümer der Reinen Rechtslehre zugrunde:

a) Das Recht bestehe nur aus Pflichten (so z. B. Kelsen 1/312, 4/325). Dazu nur so viel, daß die Rechtsfolgen, die das Recht an Sachverhalte knüpft, zwar großenteils in einem menschlichen Verhalten bestehen, daß aber häufig auch objektive Rechtslagen das Ergebnis normativer Reglung sind. Schon daher lassen sich nicht alle Rechtsfolgen reduzieren, die ja nur vom Menschen gefordertes Verhalten sein können. [3] In welche Pflichten will man z. B. das Eigentum an einer Sache, eine Ehe, eine Aktiengesellschaft auflösen? Und - wie sinnlos wäre es, eine Klage auf Bestehen eines der genannten Rechtsverhältnisse zuzulassen, wie es die ZPO tut.

b) Der Erzfehler von allem Rechtspurismus:
Lebensfragen, ob streitig oder nicht, werden nicht allein durch das positive Recht entschieden. Das Dogma der Reinen Rechtslehre: Der Jurist wende nur positives

---

1) Reichel 3/95, Meier-Hayoz 216.
Für das griechische Altertum: Plato (Politikos, 294 a, b; übersetzt bei W. G. Becker 2/434): "Das Gesetz ist nicht imstande, das Zuträglichste und Gerechteste für alle zugleich zu umfassen und so das wirklich Beste zu empfehlen." Ähnlich Aristoteles, wiedergegeben bei W. G. Becker a. a. O.

2) Kelsen 4/251 ff., Weyr 85 f., Ebenstein 174.
Ebenstein schreibt (174): Lücken in dem Sinne, daß ein Rechtsstreit gemäß einer bestimmten Rechtsordnung nicht entschieden werden könnte, gibt es nicht. Ein Rechtsstreit besteht in der Behauptung eines Anspruchs einer Partei gegen eine andere. Ob diesem Anspruch stattgegeben wird oder nicht, hängt von der Existenz einer diesbezüglichen rechtlichen Pflicht ab. Eine dritte Möglichkeit gibt es nicht. Daher ist eine Entscheidung auf Grund des Gesetzes (geltenden Rechts) immer möglich.
Die sogenannte Lücke ist die Differenz zwischen dem positiven Recht und einer für besser, gerechter gehaltenen Ordnung (Zitat aus Kelsen).
Die Konstruktion von Lücken ist reines Naturrecht.

3) Es bestehen überhaupt grundsätzliche Bedenken, das Recht durch die Pflichtenoptik zu betrachten.
Vgl. Radbruch 5/135; Binder 1/47 ("Das Recht verpflichtet rechtlich zu nichts."), M. E. Mayer 1/51, insbesondere Spiegelberg 1/passim.

Recht an, alles übrige ist Grenzüberschreitung zur Rechtspolitik, ist eine mögliche Methodik der Rechtsgewinnung, aber es ist nicht die geltende.
Ein Anspruch, der im vorhandenen Recht keine Stütze findet, wird nicht schon deswegen abgewiesen, sondern auf außerrechtlicher Grundlage entschieden.

Über diese Punkte und weitere Irrtümer der Reinen Rechtslehre sowie über ihre beträchtlichen Verdienste wird in dieser Arbeit nichts Näheres ausgeführt.

## 2. Feststellung von Lücken

Es ist [1] schon gesagt, daß die hier ausschlaggebende Frage diejenige nach der Reichweite des Gesetzes [1] ist. So vielfältig wie dort sind die Antworten auch hier:

Einerseits die Extremposition Stampes (4/26):
Die Ergänzungsbedürftigkeit des Gesetzes beginnt schon da, wo aus dem Gesetz selbst nach den Regeln der Sprache und der Logik keine (klare) Entscheidung zu entnehmen ist.

Andererseits die positivistische Doktrin:
Das Gesetz regelt alles (logische Expansionskraft und ähnliche Formulierungen.) [2]
Hiernach bleiben überhaupt keine Lücken. Zwischen diesen Extremmeinungen gibt es viele unverschärfte Meinungen. [3] Zu klären bleibt die Frage, wann das Gesetz zu weit geht und aus diesem Grunde lückenhaft ist. [4] Die Feststellung einer Lücke ist ein schwieriges Vorhaben. [5]

---

1) Siehe oben S. 96, 19-24.

2) Siehe oben S. 102.

3) Gegen Stampe und andere Freirechtler sagte Brie (532 f.):
Die Rechtslehre geht in der Annahme von Lücken viel zu weit. Das Gesetz ist nicht nur dem Wortlaut nach auszulegen. Daher gibt es nur verhältnismäßig wenige Lücken.

4) Danz 5/88: wenn man bei Anwendung der Vorschrift zu einer ganz unverständigen Entscheidung gelangen würde.
Reichel 3/97: Allermeistens wird dort, wo die Arglisteinrede gegeben ist, eine Lücke postuliert.

5) Kiss (547) betont: Es ist keine scharfe Unterscheidung zwischen lückenlosen und lückenhaften Gesetzen möglich. Der Übergang ist durchaus verschwommen.

3. Arten von Lücken

a) Als erster war hier Zitelmann am Werk.
Er unterschied (2/17 - 30) 'echte' und 'unechte' Lücken. [1]
Unter den 'echten' Lücken versteht Zitelmann:
Das Gesetz bleibt eine Antwort überhaupt schuldig, ermöglicht eine Entscheidung gar nicht, während eine getroffen werden muß (27).
Eine 'unechte' Lücke liegt bei Zitelmann vor, wenn der Richter dem Wortlaut nach den anzuwendenden Rechtssatz für ungeeignet hält und deshalb nicht anwenden will. Die Lücke besteht hier darin, daß eine Ausnahmebestimmung für Fälle dieser Eigenart fehlt (20-23).

Diese Unterscheidung ist haufig genannt und übernommen worden[2]. Sie hat dabei nichts gewonnen und ist bis heute unscharf geblieben [3]. Der Begriff der 'unechten' Lücke ist nicht sicher gegen das Institut der Gesetzesabweichung abzugrenzen [4].

Weitere Unterscheidungen sind:

b) formelle - materielle Lücken [5]
formelle Lücken: wenn der Gesetzeswortlaut schweigt;
materielle Lücken: wenn dem ausgelegten Gesetz keine Antwort entnommen werden kann.
Beide Gebiete überschneiden sich, so daß es nur-formelle, sowohl formelle als materielle und nur-materielle Lücken gibt.
Was mit alledem gewonnen wird, ist nicht einzusehen.

c) Die simpelste und ebenso gewiß richtige Einteilung ist die historische:
Lücken, die schon bei Entstehung des Gesetzes vorhanden waren,
und solche, die erst durch eine Veränderung der Verhältnisse aufgekom-

---

1) Jedenfalls wird ihm diese Terminologie herkömmlicherweise zugeschrieben; Zitelmann selbst spricht an Stelle von 'echten Lücken' auch von 'wirklichen' und 'wahren' Lücken (17, 31), während der Ausdruck 'unechte' Lücke gar nicht bei ihm vorkommt.

2) Unger 2/397, Heck 3/168, dem Sinne nach auch Reichel 4/324; nahezu identisch die Scheidung in 'Das Gesetz ist zu eng - zu weit' bei Danz 5/88-90, Reichel 3/95. Verwandt, aber exakter ist Meier-Hayoz 62 (offene - verdeckte Lücken).

3) Meier-Hayoz 65; gegen die Unterscheidung Zitelmanns auch: Reichel 2/95 (vgl. aber 4/324), Lobe 1/697.

4) So Meier-Hayoz 66.

5) Meier-Hayoz 60.

men sind. [1]

d) Intensität der Lückenhaftigkeit:
Kiss 2/466 unterscheidet:
aa) Gesetzeslücken im engeren (technischen) Sinne; die abstrakte Regel zur Entscheidung fehlt.
bb) Nur unausgefüllte Rahmen des Gesetzes (es wird verwiesen auf andere Gesetze, Richterermessen oder ungeschriebenes Recht).

Diese Einteilung ist unbrauchbar: Die 'unausgefüllten Rahmen' sind, soweit auf andere Gesetze und ungeschriebenes Recht verwiesen wird, keine Lücken im positiven Recht; soweit das richterliche Ermessen auf außerrechtliche Maßstäbe verwiesen wird, liegt eine Lücke vor wie sonst auch.

e) Lokalisierung der Lückenhaftigkeit:
Tatbestands- und Rechtsfolgelücken [2].

f) Ursache der Lücke:
historische Lücke (die vermißte Gebotsvorstellung war niemals vorhanden),
Erkenntnislücke (sie war noch nicht erkannt). [3]

g) Beabsichtigtheit der Lücke:
gewollte - ungewollte Lücken. [4]

h) Umfang der Lückenhaftigkeit [5]:
Totallücke (gar kein Gebot liegt vor);
relative Lücke (nur ein Element des Gebots ist unbestimmt),
Alternativlücke (mehrere Obersätze stehen zur Wahl).

i) Anlehnbarkeit der Ausfüllung an das Gesetz [6]:
Gebotslücke (gesetzliche Werturteile leiten die ergänzende Gebotsbildung vollständig),
Wertungslücke (sogar eine gesetzliche Wertung fehlt).

---

1) So: Danz 5/88-90, Heck 3/168 ('primäre-sekundäre'), Reichel 3/95, Reinicke 3/1153, W.G. Becker 2/435 (die beiden Letztgenannten terminieren wie Heck).
2) Heck 3/168 f.
3) Ebenda.
4) Reichel 3/95.
5) Heck 3/169.
6) Ebenda.

Die meisten dieser Unterscheidungen klammern sich an ein zwar zutreffendes, aber unwesentliches Merkmal. Sie alle (mit Ausnahme der letzten) sagen nichts über das wichtigste und genaugenommen einzige Problem: Wie werden Lücken geschlossen? Dies mag damit zusammenhängen, daß die genannte Literatur zumeist in einer Zeit entstanden ist, in der die Existenz von Lücken noch ernsthaft bestritten wurde.

4. Ausfüllung der Lücken

a) Wer ist dazu berufen, eine Lücke zu schließen?
Jeder, dem sie sich bei der Rechtsfindung in den Weg stellt. Also in erster Linie der Richter. Der Anwalt, der nur eine seine Partei und das Gericht beratende Funktion ausübt, wird eine bestimmte Füllnorm postulieren. In der Literatur hat es indessen eine Diskussion darüber gegeben, ob der Richter wirklich zur Lückenschließung berechtigt sei. [1] Neben selbstverständlich scheinenden Argumenten [2] gab es auch Vorbehalte [3].

b) Zu der Frage, auf welchem Rechtsgebiete eine Lückenfüllung angebracht

---

1) Dafür sind Unger 2/110, Ehrlich 5/369, Stampe 3/30, Hatschek 159, Heck 5/21, 7/177; und zwar auch angesichts der 'Gewaltenteilung': Radbruch 1/359, Stampe 1/10, Reichel 3/108, Meier-Hayoz 1/; siehe dazu auch oben S. 86.

2) Bierling versicherte, die Lückenfüllung durch den Richter sei seit Jahrhunderten geübtes Gewohnheitsrecht (IV 396), zustimmend Meier-Hayoz (223), und von Meier-Hayoz stammt eine (nützliche) rechtsvergleichende Aufstellung über die Rechtslage nach den verschiedenen Gesetzbüchern (Meier-Hayoz 221); es werden aufgeführt:
Österreich, Schweiz, Frankreich, Italien, Spanien, Brasilien, Türkei, Ägypten, Japan; Satzung des IGH; der Codex Iuris Canonici.

3) Stier-Somlo (492 f.): Wo nach objektivem Recht keine Entscheidung zu finden ist, ist einfach ein rechtsleerer Raum zu konstatieren. Auf S. 494 spricht er allerdings von einer 'Rechtsschöpfung' der Justiz.)
Kelsen (3/150 ff.) erklärt für die Reine Rechtslehre die Rechtswissenschaft zwar zur Lückenfeststellung, nicht aber zur Lückenfüllung zuständig. Dagegen Zweigert 2/381. Am merkwürdigsten war der Vorschlag des bayrischen Staatsanwalts Zeiler: 'Ein Gerichtshof für bindende Auslegung', eine Institution, der in der Ermächtigung, Analogien usw. zu ziehen, auch lückenfüllende Aufgaben zugefallen wären (dagegen Koellreutter 259, Less 65 u.v.a.).

ist, führt Meier-Hayoz (14 ff.) aus, daß es hier auf keinem Rechtsgebiet ein generelles Verbot gibt. Er weist dies im einzelnen nach für das Strafrecht, Verwaltungsrecht, Verfassungsrecht, Prozeßrecht und Völkerrecht.

c) Kaum zu ordnen ist die Vielfalt der Meinungen zur Kernfrage, wie Lücken auszufüllen sind.

aa) Die meisten entscheiden sich für eine Modulation des positiven Rechts durch den Geist der Rechtsordnung oder des Rechtsganzen. [1]

Ein Reglement für den Umgang mit diesen Geistern wird nicht gegeben und kann auch nicht gegeben werden, weil sie nicht existieren. "Es ist zumeist der Herren eigener Geist." [2] [3]

Eine äußerst unwahrhaftige Methode ist es, im Gesetz nicht vorhandene Rechtsfolgen den Parteien als von ihnen gewollt zu unterstellen, indem man eine entsprechende 'stillschweigende Vereinbarung' behauptet. Von solchen Vereinbarungen weiß in der Regel niemand etwas, bis sie in einer Urteilsbegründung auftauchen. (Ein Beispiel ist der Haftungsausschluß für Gefährdung und Fahrlässigkeit bei den Gefälligkeitsfahrten. [4])

bb) Weitgehende Freiheit vom vorhandenen Recht billigt dem Richter zu, wer ihn entscheiden läßt 'nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde' [5].

Hier wird dem Richter aber nicht gesagt, nach welchem Maßstab er nun diese Regel, die Entscheidungsnorm, findet; nur ein Vorbild - der Gesetzgeber - welches zudem recht verschiedene Züge annehmen kann, wird ihm aufgestellt.

cc) Manche der Schriftsteller, die außerrechtliche Maßstäbe behandeln, tun dies auch ausdrücklich im Hinblick auf die Lückenfüllung. Sie soll nach Lebens-

---

1) 'Lücken sind aus dem Geiste des Rechtsganzen zu füllen' (Windscheid 1/62, § 33).
'Die Lückenfüllung hat sich ausschließlich auf Grund dessen zu vollziehen, was man etwa (!) mit dem Geiste der Rechtsordnung bezeichnen kann' (Oertmann 1/14).

2) Vgl. Unger 2/400 N. 35, Kantorowicz 1/27, E. Fuchs 3/17.

3) Gegen diese Methodik auch: Pattai 31, Schloßmann 39, Ehrlich 5/353 f., Esser 4/10 und die gesamte Freirechtslehre (weitere Nachweise s. o. S. 19-21) und alle, welche die lückenfüllende Tätigkeit für nicht rein logisch halten (s. o. S. 10-12).

4) Reichel (3/107) nennt dieses Vorgehen einen 'Schleichweg'.

5) Vgl. § 1 ZGB und die schweizerischen Theoretiker, ferner: Danz 5/89 f., Heck 5/21, Rundstein 25, Reichel 3/98.

ordnung, gesellschaftlichem Recht [1], nach Billigkeit [2], nach Treu und Glauben [3], nach Natur der Sache und Gerechtigkeit [4] sowie in Richtung des kulturellen Fortschritts [5] geschehen.

dd) Mancher scheut sich, solche objektiven Maßstäbe zu nennen, und beruft die persönlichen Qualitäten des Richters, insbesondere sein Rechtsbewußtsein als Maßstab zur Lückenausfüllung. [6]

## B. Abweichung vom Gesetz

Die von E. Huber beschworenen Richtereigenschaften wurzeln weitgehend im Irrationalen, d.h. in vom Bewußtsein kaum erreichbaren Tiefen. Der hiervon geleitete Mensch vermag nicht anzugeben, warum er eine bestimmte Entscheidung trifft. Und dennoch wird er - wie oft ? - eher diese Entscheidung treffen [7] als diejenige, welche ihm das rationale Kalkul anrät - ja zuweilen wird er dieses, ganz im Banne jener unbewußten Strebungen, gar nicht sehen können.

Das ist nicht der einzige - wenn auch am wenigsten vermeidbare - Fall einer merkwürdigen Erscheinung, die dem Menschen immer Problem gewesen ist [8]: Binden Gesetze ausnahmslos? Darf eine - idealiter bruchlos geltende - Norm verlassen werden, und durch wen? Ebenso ehern wie die Forderung aller menschlichen Gesetze, stets befolgt zu werden, gilt die Erfahrung, daß noch kein solches Gesetz je ausnahmslos befolgt worden ist, ja daß es manches Mal gut gewesen ist, gegen die Norm aufzustehen.

---

1) E. Jung 3/164, Saleilles 94, M. Rümelin 2/24 f.; Lückenfüllung durch Interessenprüfung: Heck 6/441.
2) Hatschek 159, Brie 533.
3) Danz 5/89 f.
4) Reichel 3/98, 108, Weinkauff 1/27.
5) Brütt 129, 214; ablehnend Rundstein 30-37.
6) Radbruch 1/367, Unger 2/112, Fritz 18 (für die USA).
E. Huber, der Schöpfer des schweizerischen ZGB, sagt zu der Frage 'Was soll die Lücken von Gesetz und Gewohnheitsrecht ausfüllen?':
"Keine der Antworten: Gemeines Recht, allgemeines Vernunftrecht, allgemeine Rechtsgrundsätze, Billigkeit, natürliches Recht, Rechtsüberzeugung des Richters, Wissen und Gewissen des Richters vermag zu befriedigen.
Sie leiden alle an einer Unbestimmtheit.
Vielmehr: Seine vernünftige Einsicht, Gewissen, Charakter, Bildung und Erfahrung müssen den Richter leiten." (S. 353).
7) Vgl. H. Isay 1/23.
8) Müller-Erzbach 339: Wichtigstes Problem der gesamten Rechtswissenschaft.

Man kann über diese Fragen kaum etwas Befriedigendes sagen: Einerseits liegen die geläufigsten Sprüche vor aller Augen, und wer wollte wagen, sich noch einmal auf sie zu berufen? Andererseits glaubt der Jurist mit äußerster Hingabe an die Unverbrüchlichkeit der Rechtsgesetze, ein Glaube, dessen sieghafte Kraft aus der Frühzeit des Juristenlebens - dem Studium - stammt. [1] Wer sich - mit welchen Argumenten immer - hier auf eine Seite stellt, setzt sich der Verwerfung im Brustton durch die andere aus. Ein Konservativer (unter den Juristen der arrivierteste [2] und meistkopierte Typus) schaut auf Liberale und Revolutionäre hinab, und diese müssen zu ungewöhnlichen und lauten Worten greifen, wenn sie gehört werden wollen. Sobald aber Weltanschauung mittut, beschlagen sich die Gläser; eine Auseinandersetzung findet nicht mehr statt. Beispiel: der Methodenstreit nach der Jahrhundertwende. [3] Beinahe jede Methodendiskussion geht von verschiedenen philosophischen Positionen aus [4], und darin liegt der tiefste Grund für das Scheitern der Vermittler. Mangelnde Klarheit der Disputanten über ihre Lebensphilosophie verschuldet, daß der Streit bei den Proklamationen stehen und daher fruchtlos [5] bleibt.

Ohne Ehrgeiz, die bekannten Schlagworte neu zu prägen, läßt sich für die Möglichkeit, ja Notwendigkeit, (in - später zu umreißenden - Ausnahmen) vom positiven Recht abzuweichen, folgendes anführen:

Kein Gesetz ist so gut, daß es jeden zukünftig sich ereignenden Fall angemessen zu regeln vermöchte. So sicher die Lückenhaftigkeit jedes Gesetzes ist [6], so sicher wird sich das Gesetz in manchem Fall, würde es angewandt, als schädlich erweisen.
Lücke und Notwendigkeit der Gesetzesabweichung liegen auf einer Ebene: Im Falle der Lücke ist das Gesetz zu eng (oder fehlt überhaupt) - im Falle der erforderten Abweichung ist es zu weit (Näheres siehe später). Alle Argumente für die Lückenhaftigkeit des positiven Rechts gelten auch für die Möglichkeit seiner gelegentlichen Unbrauchbarkeit.

Über die Unvollkommenheit ('Menschenwerk - ...') braucht man heute nicht mehr viele Worte zu verlieren. Selbst die großen Gesetzgebungswerke des Bundestags werden nach einigen Monaten schon geändert - nämlich wenn sich einzelne Bestimmungen als unzuträglich oder wenn sich Lücken gezeigt haben.

---

1) Vgl. dazu o. S. 5 N. 6
2) Vgl. o. S. 29
3) Einzelheiten s. o. S. 68.
4) Vgl. Cardozo 2/96, Hedemann 2/127 (mit Zit. Jung 2/), Brusiin 133.
5) Vgl. Hedemann aaO.
6) S. o. S. 93, 103.

Die Gesetzgebung greift indessen nicht immer ein. [1]

In diesen Feststellungen liegt um so weniger ein Vorwurf gegen die Gesetzgeber, als auch das denkbar beste Gesetzeswerk sich als lückenhaft und im Einzelfalle unrichtig erweisen wird.
Es muß das, denn die Wege des Lebens sind schlechthin unvorhersehbar. Jedes Gesetz kann nur Versuch einer Ordnung sein, die zu ihrer - wiederum nur: annähernden - Vollendung [2] des Menschen bedarf. Ohne Richter gibt es kein Recht [3], ohne Freiheit zum Selbstdenken und zu eigener Würdigung keinen Richter. Das Gesetz ist nicht fähig, den lebenden Vorgang selbstherrlich zu ordnen. Dafür ist es zu inhaltsarm - und blind. Erst das Auge des Richters kann die Not und die Bosheit des handelnden Menschen sehen, und die Gesetze ermächtigen ihn - heute - unumschränkt, aus dieser Sicht zu entscheiden.

> "Der Grundsatz von Treu und Glauben ist die beherrschende Vorschrift im ganzen bürgerlichen Recht und im Recht schlechthin geworden" (Staudinger-Weber, Anm. 1 zu § 242).

Er beherrscht auch die Einzelgesetze.

Zur Vorsicht mahnt indessen der Gedanke der Rechtssicherheit, jedoch läßt sich

---

1) Beispiele für Änderungen:
ZPO seit Bekanntmachung v. 12.9.1950 durch 8 Gesetze geändert;
ArbGG v. 3.9.1953: 7 Vorschriften geändert am 2.12.55;
BSoldatenG v. 19.3.1956: Seit Dez. 1956 durch 10 Gesetze geändert;
Gesetz für Arbeitsvermittlung usw., Fassung v. 3.4.1957: seither 4 Änderungsgesetze, 18 DurchführungsVOen;
Bundessozialhilfegesetz v. 30.6.1961: 2 Änderungen am 11.8.1961 (!).

2) Warum eigentlich spielen die Gedanken von Vollkommenheit, Vollendung, von der Möglichkeit einer Realisierung höchstmöglicher Ideale eine ungebrochen mächtige Rolle?
Sollte es für Deutschland unbegreiflich sein, daß jeder als 'Realisierung' des Ideals gewähnte Zustand ein Totalitarismus, eine Vergewaltigung des noch nicht gleichgeschalteten Lebens ist?
(Legal Realism und Pragmatism sind erst von der amerikanischen Rechts- und Staatsphilosophie hervorgebracht worden.)

3) Siehe schon o. S. 4-5.

daraus kein durchschlagendes Argument herleiten. [1]

Soweit man in dem viel zu oft bemühten Begriff der Rechtssicherheit einen faßbaren Inhalt finden kann (Voraussehbarkeit), steht dieser in Wettstreit mit den Richterbefugnissen. Soweit man ihn in den Begriff den 'Gegensatz' von positivem Recht und außerrechtlichen Entscheidungsgrundlagen einordnet - was wohl häufig geschieht ('alles, was praeter legem geschieht, ist unsicher') -, besteht keine echte Problematik, denn alle Maßstäbe sind zugleich wirksam (geltend) [2]. Und die auf außerrechtlicher Grundlage gefundene Entscheidungsnorm ist ebenso gut - oder schlecht - voraussehbar wie eine vom Gesetz determinierte. Erst der Richter senkt mit seiner Wertung die Wagschale. Die Stichworte für diese 'ewige Antinomie' sind:

---

1) Llewellyn (I 80): "Diejenige Rechtssicherheit, welche den meisten vorschwebt, ist die einer deduktiv sicheren Rechtsprechung.
Betreffs dieser behaupte ich:
a) sie existiert nicht,
b) sie kann nicht existieren,
c) wenn sie je existieren sollte, wäre das ein unausstehlicher Rechtszustand,
d) die Vorstellung, daß sie existiere, spielt mit die größte Rolle bei der tatsächlichen Rechtsunsicherheit unter den Juristen."
(Ausführliche und überzeugende Begründung dieser Aufstellungen auf S. 8-12, 56, 72-81 bei Llewellyn.)
Gerland (2/22): "Fast alle Rechtsfragen, die zur Entscheidung unserer höchsten Gerichte gelangen, können inhaltlich geradesogut so oder anders entschieden werden."
O. W. Holmes (2/466): "The logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man."
Allen (324, 327): Every law is rigid, but no law is certain.
E. Fuchs (4/78): "Jeder Rechtsberater ist im innersten unglücklich über den bescheidenen Agnostizismus, mit dem er Ratschläge erteilt und dem Ausgang der Prozesse gegenübersteht."
Esser (4/301): Rechtssicherheit ist "das Reservat eines gesicherten Juristenrechts".
Ähnliches bei: Br. Schmidt 18 f., Kantorowicz 1/43, Unger 2/400 f. N. 37, Radbruch 1/364, Gmelin 70-72, Düringer 3/195, Reichel 3/111, Heck 3/103 (abwägend 8/219), Arndt 1/9 und den oben S. 61 N. 1 von der Freirechtsschule Genannten.

2) S. o. S. 30, 34, 100 (insbesondere).

Rechtssicherheit und materiale Gerechtigkeit, Gleichheit und Billigkeit, Bindung und Freiheit.

(In das erste und dritte Paar wirkt die eben geschilderte Scheinproblematik hinein.)
Die Ergänzung der vom Gesetz abstrakt entworfenen Ordnung durch den Richter zur konkreten Rechtsordnung einerseits, die Bindung an die von der Gesellschaft geschaffenen Normen andererseits - sie bedeuten keine Schwäche (des Gesetzes) und kein Mißtrauen (gegen den Richter), sondern die Notwendigkeit einer Zusammenarbeit, die eine ausgewogene Ordnung herstellen und erhalten soll. Man fühle kein Bedauern mit dem Gesetz, welches der Gestaltung bedarf, und keinen Ingrimm über den Richter, der sich über den ausgeklügelten Plan hinwegsetzen kann: Der Richter ist nicht Prometheus.

Die Wissenschaft hat diese Fragen nur selten kühl betrachtet - es fällt in der Tat schwer, ein Pathos zu vermeiden. Die Schwierigkeiten und Mißverständnisse beginnen schon bei der Formulierung des Problems: Da wird von 'Abänderung' und 'Berichtigung' des Gesetzes gesprochen. [1] Beispiel:
Das ist ein ganz unpassender Ausdruck [2], irreführend und falsch. Das Gesetz wird im fraglichen Fall nicht 'abgeändert' oder 'berichtigt': es bleibt ungeschoren bestehen. Der Richter legt es nur seiner Entscheidung nicht zugrunde; er weicht von ihm ab [3], indem er verfährt, als ob es nicht vorhanden sei [4].
Es ist geradeso, als sei der Richter auf eine Lücke gestoßen. Lücken und Abweichungen vom positiven Recht liegen, wie erwähnt, in einer Ebene; die Begriffe grenzen gemeinsam die Anwendbarkeit des Gesetzes ab: Lücken sind dort, wo ein Gesetz zu eng gefaßt oder überhaupt nicht vorhanden ist, und abgewichen werden muß, wo das Gesetz zu weit gefaßt oder im Einzelfalle unzutreffend ist. Die Gesetzesabweichung kann man auch als Lücke formulieren: Es fehlt im Gesetz eine (Ausnahme-)Norm, die seine Anwendung auf bestimmte Fälle ausschließt. So verfährt auch in der Tat die viel vertretene Lehre von der 'unechten Lücke' [5], die nichts anderes ist als eine Umschreibung der Abweichung

---

1) Z. B. Stampe 4/29, Müller-Erzbach 341, Heck 3/, Wüstendörfer 310, Engisch 2/93, Boehmer 176, Enneccerus-Nipperdey 320.
2) M. Rümelin 4/42.
3) Reichel 3/142, Heck 3/197.
4) Reichel a. a. O.
5) Siehe bereits oben S. 107.

vom Gesetz. [1] Wenn man eine Gesetzesabweichung damit begründet, daß eine Ausnahmeform fehle, also eine Lücke vorliege, so dürfte es sich dabei um einen konstruktiven Trick handeln.

Eine unbrauchbar gewordene Norm ermangelt nicht eines letzten Absatzes: Diese Vorschrift gilt nicht mehr. So etwas gibt es nicht, denn wenn die Gesetzgebung eingreift, dann hebt sie die veraltete Vorschrift einfach auf.
In der Mehrzahl sind allerdings die Fälle, wo eine Vorschrift lediglich eingeschränkt (bzw. bei negierendem Inhalt: erweitert) werden muß. Zum Beispiel:

1. Gefährdungshaftung bei Tieren und Kraftfahrzeugen - entgegen dem jetzigen Inhalt der §§ 833 BGB, 7 StVG - dann nicht, wenn der verletzte Insasse des Gefährts aus Gefälligkeit mitgenommen war.

2. (Erweiterung bei negierendem Inhalt:)
§ 253 BGB - der Ersatz von Nichtvermögensschaden nur in den beiden gesetzlich bestimmten Fällen zuläßt - ist für den im Gesetz nicht erwähnten Fall der Ehrverletzung zu erweitern.

Ob man hier vom Fehlen des Einschränkungs- oder Erweiterungssatzes, also von einer Lücke und Ergänzung durch den Richter, reden will oder ob man mutig zugesteht, das Gesetz werde nicht befolgt, das bleibt dem Darstellungsgeschmack überlassen. [2] Jedenfalls wird in allen diesen Fällen die Anwendung des Gesetzes mit seinem vorhandenen Inhalt abgelehnt. Die Schwierigkeiten entstehen bei der Abweichung wie bei den Lücken daraus, daß weder Klarheit noch Einigkeit über die Tragweite des Gesetzes [3], das heißt über die zutreffende Auslegungs-

---

1) Zitelmann ('Entdecker' der unechten Lücken, 2/17, 20):
"Die Rechtsordnung gibt (dem Richter) die Möglichkeit zu entscheiden: eine wahre Lücke kann mithin nicht vorhanden sein. Der Richter hält aber diese Rechtssätze für den vorgelegten Fall für ungeeignet und will sie deshalb nicht anwenden und korrigiert an dem vorhandenen Recht, indem er für diese Art Fälle eine Ausnahme von jenem Satze macht."
Der Lückenbegriff wird hier vielen sehr willkommen. So ungern man auch sonst eine Lücke zugibt: man tut das sofort, wenn es eine Gesetzesabweichung zu verdunkeln gilt.

2) Ähnlich Reichel 3/142.

3) Siehe oben S. 19-23.

weise [1] herrschen [2]. So ist es möglich, daß allseits für richtig gehaltene Entscheidungen methodologisch ganz verschieden gewürdigt werden.

> Wer aus Rohmaterial eine neue Sache herstellt, erwirbt an ihr das Eigentum (§ 950 BGB). Tut er das auftragsweise, so wird der Auftraggeber Eigentümer - was nicht im Gesetz steht und deswegen von den einen als Abweichung aufgefaßt und zugelassen wird, während andere das Ergebnis durch bloße Auslegung gewonnen zu haben behaupten. [3]

Eine Gesetzesabweichung geschieht, wenn das ausgelegte Gesetz nicht angewendet wird.

Das ist kein Willkürakt des Richters. Reichel 3/130 [4]:

> "Der Richter darf nur vom Gesetz abweichen, wenn er es muß. Die Frage ist somit von vornherein dahin richtig zu stellen:
> Wann ist der Richter verpflichtet, vom Gesetze abzuweichen? ...
> Wann ist der Richter kraft seines Amtes rechtlich verpflichtet, ein gewisses Gesetz nicht zu befolgen?"

Wann aber ist der Richter zur Gesetzesverlassung verpflichtet? Schon seit langem ist das die delikateste Frage der Methodologie; sie tritt in sehr verschiedenen Spielarten auf. In Deutschland wurde sie zuletzt von der Freirechtsbewegung und - nach 1945 - im Gewand 'Naturrecht - positives Recht' [5] lebhaft erörtert. Sie blieb stets ohne Antwort. Denn noch nie hat man das Naturrecht mit einem befriedigenden Inhalt versehen können, und es gibt wohl so etwas überhaupt nicht. Die 'ewige Wiederkehr des Naturrechts' ist diejenige eines ewigen Schein-

---

1) Siehe oben S. 9-10.

2) Heck (3/222): "Es ist überhaupt nicht möglich, die Probleme richtig zu erfassen, wenn man Gesetze mit Gesetzeswortlaut identifiziert" usw. (3/199): "Weitgehende Annäherung und Verständigung ist möglich, wenn es gelingt, zunächst eine Gemeinschaft der Sprache herzustellen." (4/119): "Wer die historische Gesetzesauslegung verwirft und deshalb Wortlaut und Gesetz identifiziert, muß in der Abweichung eines Urteils vom Wortlaut, das gerade durch die Gesetzestreue gefordert werden kann, schon ein Zeugnis für die Abweichung des Richters vom Gesetzes erblicken", wie es Stampe und H. Isay tun.

3) Siehe u. S. 122, N. 5 u. 6.

4) Ähnlich später auch Enneccerus-Nipperdey 320.

5) Z. B. Weinkauff 2/1689: "Die naturrechtliche Frage stellt sich einem Gericht dann, wenn das positive Recht, das es auf einen Fall anwenden will, klar zu einem grob ungerechtfertigten Ergebnis führen würde."

problems. Das so sehnlich verlangte 'überpositive Recht' ist zwar vorhanden, aber nicht als Recht. [1]
Es befindet sich außerhalb des Rechts, und zwar in solchen Werten (der Sittlichkeit, Religion ...), denen die Gesellschaft einen obersten Rang zugewiesen hat. Für den Richter ist es eine hervorragende außerrechtliche Entscheidungsgrundlage. Die von der Gesellschaft vorgenommene Wertstufung ermöglicht dem Richter, ja verpflichtet ihn, ein Gesetz, gerät es in Widerstreit zu solchen Werten, unangewendet zu lassen. Näheren Aufschluß und einzelne Anweisungen hat die Wissenschaft noch nicht zu geben vermocht. Ursache für das Versagen ist die Unwegsamkeit und Flüssigkeit des Gebietes, das sich der verallgemeinernden Festlegung entzieht; ist die Radikalisierung der Positionen (allerdings nur in der Formulierung; der Sache nach bestehen wesentlich geringere Differenzen); ist die Belastung durch Weltanschauliches. Die besonnenen Schriftsteller halten sich daher bewußt oder unbewußt zurück, und die Verschwommenheit unzähliger Stellungnahmen entsteht nicht zuletzt aus der berechtigten Furcht vor Abstempelung und Verbrennung. Ein Lehrbeispiel ist der Verlauf der Freirechtsbewegung. Zugegeben wird das nur von Reichel. [5] Es fehlt indessen nicht an offenem Bekenntnis. [6]

---

1) Vgl. demgegenüber die Proklamation des BVerfG in seinem ersten Urteil (BVerfGE 1/18, Leitsatz 27):
"Das BVerfG erkennt die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechts an und ist zuständig, das gesetzte Recht daran zu messen."
Ähnlich wie der Text: Kantorowicz 1/10.

2) Siehe bereits oben S. 25 f.

3) Siehe oben S. 78-79.

4) Siehe oben S. 111, 68.

5) Ich will diese Frage nicht erschöpfend beantworten; "die Gefahr, mißverstanden zu werden und hierdurch mehr zu schaden als zu nützen, liegt gerade hier besonders bei der Hand. Ich beschränke mich daher auf einige kurze und vorsichtige Andeutungen" (3/130).

6) Voran die Anführer der Freirechtsschule:
Kantorowicz, E. Fuchs, Stampe, Rumpf, Berolzheimer, Wüstendörfer (Wortlaut s. o. S. 61);
vgl. weiterhin: Br. Schmidt 17 (Wortlaut o. S. 40); C. Schmitt 1/111, Müller-Erzbach 341, Reichel 3/142 (Wortlaut s. o. S. 58), Cosack 20, Enneccerus-Nipperdey 320, Brüggemann 146.
Verdeckt stimmen zu:
Zitelmann 2/17, 20 (Wortlaut s. o. S. 115), E. Jung 3/16, Spiegel 2/53 ff., 133, Rundstein 16, Kohler 1/58 f., 2/277 ff., Allen 155, Less 67 f., 96 u. ö. sowie schon Savigny 323; ferner Marschall v. Bieberstein 100 f.,

Schroff und deutlich, oft mit schlagwortartiger Begründung, äußert sich die Ablehnung. [1)]

---

Fortsetzung der Fußnote 6) von Seite 118:
Lobe 2/241, ebenso Berolzheimer 601, 604.
Triepel 1/93: "Heilig ist nicht das Gesetz, heilig ist nur das Recht."
Sauer 1/148: "Es mag Lagen geben, wo (der Richter) gezwungen ist, eine Entscheidung, zu der ein Spezialgesetz führen würde, nicht zu fällen, da sie als bittere Ungerechtigkeit empfunden würde. Dann hat der Richter dem Geiste der Rechtsordnung (?) gemäß zu entscheiden.
Der Richter handelt nicht 'gegen das Gesetz' (!), da er im Einklange mit dem 'juristischen Grundgesetz' bleibt."
Weinkauff 1/15 f.: Das geschriebene Recht kann frei ausgelegt werden, unter Umständen sogar gegen seinen Wortlaut (!).
Der Richter mißt (in Ausnahmefällen) das geschriebene Recht an einem ihm vorausliegenden höheren Recht und erklärt es u.U. wegen Verstoßes gegen dieses höhere Recht für unwirksam.

1) Unger 2/111, Kuhlenbeck 25 f., Düringer 3/199, 201 f., Brie 532 (wegen Rechtssicherheit), Vierhaus 1/, 2/29 ('Wozu dann überhaupt Gesetzgebung?'), gegen E. Jung 3/161, Somló 1/62, Gmür 109.
Heck 2/25, 3/13: "Der Richter steht unter dem Gesetz. Diese Unterordnung ist nicht nur Folgerung aus dem Postulat der Rechtssicherheit, sondern auch notwendige Konsequenz aus dem staatsrechtlichen Prinzip, dem allgemeinen Werturteil, welches den in Gesetzesform erklärten Willen der Gesamtheit dem Willen des einzelnen Staatsbürgers voranstellt.
Es wäre der Tod eines jeden Staatslebens, wenn das Gesetz von einem einzelnen Richter nach eigenem Ermessen abgelehnt werden könnte."
Gegen Heck: M. Rümelin 4/43: Der Wille der Rechtsgemeinschaft ist nicht stets mit dem Gesetzesinhalt gleichzusetzen.
Heck läßt übrigens - sorgsam verharmloste - Ausnahmen zu, 3/206 ("... fast immer nur 'Randberichtigung'"), etwas weitergehend 8/221;
Walder 43, Arndt 2/1280 f., 1283.
Aus der Antike: Plato und Aristoteles (wiedergegeben bei Reichel 3/122).
Besonders scharf äußert sich Stier-Somlo 493:
"Ein Richter, der einen vernünftigen Satz anwendet, dessen Gegenteil im Gesetz steht, ist ein ungerechter Richter.
Dagegen ein solcher, der einen unvernünftigen, dem praktischen Sinn widerstrebenden Rechtssatz, der im Gesetz ausdrücklich steht, zur Anwendung bringt, ist ein gerechter Richter."
Ähnlich schon Bülow 2/779.
Das ist zwar von mutiger Klarheit - aber zeigt auch die Falschheit der

Fanatiker nennen eine Abweichung vom Gesetz sogar 'Rechtsbeugung' mit der Folge der Strafbarkeit (§ 336 StGB). [1] Auch die Berufung auf den Diensteid des Richters verfängt nicht. [2]

Endlich überzeugt auch der Hinweis auf § 1 GVG, Art. 97 Abs. I GG, § 25 DtRichterG nicht. [3] Der Richter ist hiernach 'nur dem Gesetz unterworfen', und das bedeutet: er ist von allen Anweisungen der Verwaltungs- und Dienstbehörden unabhängig. [4] Das kann man auch so ausdrücken: 'Gesetz' im Sinne der genannten Vorschriften bedeutet 'nicht die lex scripta allein, sondern Rechtsnorm überhaupt' [5]. Diese Auslegung stützt sich auf die §§ 12 EGZPO, 2 EGKO, 7 EGStPO, Art. 2 EGBGB, welche lauten: 'Gesetz im Sinne der ZPO (bzw. KO...) und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.' Über Art und Umfang der richterlichen Bindung an das Gesetz enthält demnach § 1 GVG nichts. [6] Gegen eine richter-

---

Fortsetzung der Fußnote 1) von Seite 119:
Gesetz-um-jeden-Preis=Doktrin. Welche 'Gerechtigkeit' soll es sein, die den Richter noch das unvernünftigste Gesetz anwenden heißt? Gerechtigkeit wird dann immer mit unbedingter Gesetzestreue gleichgesetzt (so auch immer wieder Kelsen, z.B. 4/359-362); einen eigenen Inhalt hat sie nicht mehr.

1) Vgl. Bülow 2/775,
dagegen Reichel 3/147, auch E. Jung 3/168; in Umkehrung sogar A. Wagner 17: Anwendung eines 'rechtswidrigen' Gesetzes ist Rechtsbeugung. Reichel a.a.O.: "Der Richter, der um des Rechts willen gegen das Gesetz entscheidet, der hat nicht nur subjektiv nach bestem Gewissen, sondern auch objektiv in Gemäßheit des Rechts gehandelt. Von einer Beugung des Rechts kann hier also gar keine Rede sein. Nur, wer mechanisch Gesetz und Recht in eins setzt, kann anders entscheiden. Und solche Entscheidung wäre rechtswidrig."

2) Reichel 3/61: "Er hat nicht konstitutive, begründende, sondern konfirmative, bestärkende Bedeutung. Der Richter gelobt mit ihm, dasjenige Verhalten zu beobachten, das zu betätigen ihm ohnedies Pflicht ist.
So verfehlt es wäre, die staatsrechtliche Stellung des Soldaten aus dem Fahneneid, so verkehrt ist es, die staatsrechtliche Stellung des Richters aus dem Richtereide abzuleiten."

3) Danz 4/208, C. Schmitt 1/7-11, Stampe 4/29, Reichel 3/61, Lobe 2/242, Wüstendörfer 354, Less 70 f.

4) Danz, Stampe, Lobe - alle a.a.O.; letzterer unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte.

5) E. Jung 3/168, Reichel a.a.O., Esser 2/522; ähnlich H. Lange 4/38.

6) C. Schmitt, Stampe, Wüstendörfer a.a.O.

liche Abweichung vom Gesetz sind auch diejenigen, welche lediglich eine sogenannte Praeter-legem-Rechtsprechung zulassen [1] [2]. 'Praeter-legem'= im Gegensatz zum abgelehnten Contra-legem=Judizieren bedeutet nichts anderes als Ergänzung des Gesetzes, wo es lückenhaft ist. Dem vorhandenen Inhalt der Norm tritt man dabei nicht zu nahe - scheinbar nicht, denn bei der Flüssigkeit der Grenze zwischen Gesetzesabweichung und Lückenergänzung (s. o. S. 115) ist ein Praeter-legem-Judikat von einem contra legem kaum zu trennen. Die Kunst der Konstruktionen und Fiktionen ermöglicht es, beinahe jede Gesetzesabweichung als Verfahren 'praeter legem' zu etikettieren. Nebenbei: Die Präjudiziensysteme haben hier ein ganzes Arsenal von Umgehungsmöglichkeiten geschaffen ('distinguishing'). Die Methodik gewinnt durch solche Manipulationen alles andere als Klarheit.

Lehrbeispiel dafür ist jede der zahllosen Gerichtentscheidungen, in denen vom eindeutigen Inhalt eines Gesetzes abgewichen worden ist. [3]
Das RG eröffnete die Reihe seiner Contra-legem-Judikate mit dem Programm in RGZ 24/49 f. (1889):

"Es ist nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, für jedes sich gestaltende Lebensverhältnis eine besondere Norm zu setzen. Es ist schließlich nicht des Gesetzgebers Sache, an alle juristisch-technisch möglichen Formen zu denken, vermöge welcher (einer Rechtsprechung, welche an dem Buchstaben des Gesetzes haftet, gegenüber) die Ziele des Gesetzes vereitelt werden könnten."

Das RG setzte sich damit über eine belegte Meinung des historischen Gesetzgebers der KO hinweg.

Sichtbarste Fälle einer Gesetzesabweichung, aus dem Gebiet des Zivilrechts, waren:

§ 326 BGB: Abnahmeverzug des Käufers fällt nicht hierunter, obwohl 'Verpflichtung' des Käufers; RG 57/108-112. Das RG erreichte dieses Ergebnis durch Auslegung des Ausdrucks 'Abnahme'. [4]

Tierhalterhaftung (§ 833 BGB) bei Gefälligkeitsfahrten eingeschränkt: seit RG 65/313-315 (1907), noch abgelehnt in RG 54/73.

---

1) Kiss 2/467, Heck 1/1172, Danz 7/12, Walder 43.
2) Praeter legem: am Gesetz vorbei, neben dem Gesetz.
3) Vgl. dazu O. Kraus 629 (schon 1905): Das Faktum einer Rechtsprechung wider das Gesetz steht außer Zweifel. Ähnlich E. Jung 3/16, Müller-Erzbach 341.
4) Anders (wie RG): Manigk 488 (nicht contra legem); dagegen wiederum Stampe 4/9.

Zur Verschleierung arbeitet man mit der Fiktion eines 'stillschweigenden Vertrages über den Haftungsausschluß' (und tut das noch heute bei der gleichgelagerten Frage der Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsmitnahmen). Immerhin sagte schon RG 67/431: "Es kann zugegeben werden, daß, wenn Willenserklärungen in der bezeichneten Weise ausgelegt werden, es sich dabei nicht immer um eine Auslegung im streng wissenschaftlichen Sinne, sondern in manchen Beziehungen um eine Ergänzung des fehlenden Willens handelt." [1]

§ 67 HGB: Nur gleiche Kündigungsfristen für Prinzipal- und Handlungsgehilfen; RG 68/321: "... einschränkende Auslegung (!), wonach nur solche abweichenden Vereinbarungen nichtig sind, die den Handlungsgehilfen gegenüber dem Prinzipal ungünstiger stellen." [2]

Der berühmteste Fall einer Gesetzesabweichung - ja geradezu der Außerkraftsetzung [3] - ist die Aufwertungsrechtsprechung nach der ersten Inflation 1923.

Sie wurde eingeleitet vom OLG Darmstadt (Beschluß v. 29.3.1923 = JW 1923/459 f.) und vom RG fortgesetzt im Hypothekenaufwertungsurteil v. 28.11.1923 (RGZ 107/78, 88). Verlassen wurde hier der Grundsatz 'Mark gleich Mark', die Bezahlung älterer Schulden mit den Pfennigwerten der Inflationsmark wurde beendet. Da die Methodendiskussion durch Weltkrieg und Unordnung in den Hintergrund getreten war, blieb der Widerstand seitens der Wissenschaft und der mehr konservativen Gerichte gering.

Weitere - inzwischen zum Gerichts- oder Gewohnheitsrecht gewordene - Gesetzesabweichungen bilden die folgenden Fälle.

Ausschluß des Anfechtungsrechts bei der Aktienzeichnung [4];

Recht des Dienstvertrags (§§ 611 - 632 BGB),

heute zum Arbeitsrecht geworden; wohl keiner dieser Paragraphen gilt heute noch mit seinem ursprünglichen Inhalt;

§ 950 BGB: Verarbeitung für andere erzeugt Eigentum des Auftraggebers [5] [6];

---

1) Merkwürdigerweise hat eine solche Tatbestandsfiktion für die meisten Juristen auch dann nichts Verwerfliches, wenn sie offen beim Namen genannt wird. Dabei geschieht hier einer der ärgsten Fehler, denn der Richter geht von einem anderen Sachverhalt aus als dem gegebenen. Wenn das bewußt geschieht, nennt die Sprache das eine Lüge.

2) Vgl. Wüstendörfer 341.

3) So Hedemann 4/184.

4) Müller-Erzbach 370, Stampe 4/29.
Weitere Fälle dort und bei Bozi 296 ff., Boehmer 166-195.

5) Wie Anm. 4.

6) Dagegen Manigk (488), nach dem dieses Ergebnis durch 'einfache' (!) Auslegung des § 950 BGB zu erreichen sei.

§ 400 BGB: Entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ist (ausnahmsweise) eine Abtretung unpfändbarer Rentenforderungen zulässig; Entscheidung des BGH Gr. ZS v. 10.12.1951 [1];

§ 48 Abs. II EheG in der Neufassung v. 11.8.1961, welche notwendig geworden war, weil RG (zum entsprechenden Art. 55 Abs. II des EheG v. 1938) und BGH entgegensetzte Ergebnisse zur Beachtlichkeit und Begründetheit des Widerspruchs durch den beklagten Ehegatten erzielten. "Nach dem mehrfach erklärten Willen des 'historischen Gesetzgebers' [2] sollte die Neufassung des Abs. II lediglich die Rechtsprechung des BGH zum Widerspruchsrecht des Beklagten festlegen" [3]. So wurde eine in ihrer Enge kaum noch mit dem Gesetz vereinbare Rechtsprechung zum neuen Gesetz erhoben [4] [5].

Überhaupt gehören alle Fälle hierher, in denen man von 'restriktiver' Interpretation ('einengender Auslegung') spricht. [6]

Die Begründung derartiger Entscheidungen bewegt sich in den Bahnen angeblicher Auslegung aus dem Willen, Sinn, Zweck, Geist usw. des Gesetzes.

Ein ziemlich radikaler Versuch des KG zur Offenheit - es erklärte am 7. und 19.1.1924 die Abgeltungsverordnung v. 24.10.1923 für ungültig [7] - wurde vom RG zurückgewiesen (Plenarentsch. v. 22.2.1924 = Band 107/320-326).

Es kann auch nicht Sache eines Gerichts sein [8], ein Gesetz samt und sonders für ungültig zu erklären. Etwas anderes ist es, die schädlichen Nebenbedeutungen eines Gesetzes - von seinem Schöpfer wohl stets nicht vorhergesehen und bedacht - zu vermeiden.

---

1) Vgl. Less 55.
2) Vgl. Familienrechtszeitung (Ehe und Familie) 1961/331 f.
3) Erman-Ronke, 3. Aufl., Anm. 5 C I zu § 48 EheG.
4) Der BGH hielt seine Rechtsprechung für Auslegung des § 48 EheG; dagegen Erman-Ronke, 2. Aufl., Anm. 5 C zu § 48 EheG, dem stimmt voll zu Müller-Freienfels 159.
5) Müller-Freienfels a.a.O. macht auf die ungewöhnliche Reihenfolge aufmerksam.
6) Stampe 4/12, 15, O. Kraus 630, Schloßmann 36, Wüstendörfer 340; auch Boehmer 185 und schon Savigny I/322.
7) 17. und 10. ZS des KG (DJZ 1924/147-149); anders (VO gültig) der 2., 5. und 11. ZS (vgl. DJZ 1924/105-109).
8) Ausgenommen - heute - das BVerfG und alle Gerichte gegenüber vorkonstitutionellen Gesetzen.

Hierbei wäre aber die gewohnt große Zurückhaltung der Gerichte - die Gesetzesabweichung wird regelmäßig durch methodische Umweg verschwiegen - nicht vonnöten. Ein Rechtsgesetz besitzt keine solche Majestät, daß es keine Ausnahme vertrüge, und die Ausnahmslosigkeit wird auch im Volke gar nicht vorausgesetzt. 'Unverbrüchlich ist nur das Recht' - so sagt man und meint (richtig), die Wertverbundenheit des Richters dürfe nie eine Einbuße erleiden.

Die Befugnis des Richters zu einer Gesetzesabweichung ist daher nie eine 'freie' Verfügbarkeit über das Gesetz - sie ist vielmehr das Sich-beugen vor höherer Macht, als sie das positive Recht darstellt. Deshalb wäre es irreführend und fehlerhaft, das Gesetz schlicht abzuhalftern und die Entscheidung dem 'Rechtsgefühl' des Richters zu überantworten. Das Rechtsgefühl ist die ganz und gar unwissenschaftliche - weil undurchdachte und ungeklärte - Beschreibung eines Bewußtseinsinhalts, der zwar vorhanden, nicht aber von gefühlsmäßigen oder gar idealen Instanzen erzeugt ist. [1] Nähere Erforschung müßte zeigen, daß das meiste mit 'Rechtsgefühl' Gemeinte von objektiven (d.h. außerhalb der jeweiligen Persönlichkeit liegenden) Seiten in den Menschen hineingesetzt ist. Eine Gesetzesabweichung muß dann auch von diesen objektiven Inhalten geleitet werden: von den außerrechtlichen Entscheidungsgrundlagen, soweit sie eine dem positiven Recht überlegene Kraft besitzen. Die Abstufung wird von der Gesellschaft vorgenommen. [2]

---

1) Vgl. auch o. S. 46-49.

2) Erste Schritte zu einer wissenschaftlichen Festlegung der Rangordnung und damit zur Erklärung der Zulässigkeit einer Gesetzesabweichung bedeuten folgende Äußerungen:
Reichel (3/135): "Der Richter hat ein Gesetz nicht mehr anzuwenden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse seit Erlassung des Gesetzes dergestalt geändert haben, daß das Gesetz den vernünftigen Zweck, den es ehedem verfolgte und verfolgen konnte, nicht mehr zu erreichen vermag, dessen Anwendung vielmehr unter gegenwärtigen Zeitläuften zu offenbar unvernünftigen Ergebnissen führen würde."
(142): "Der Richter ist kraft Amtes verpflichtet, von einer gesetzlichen Vorschrift bewußt abzuweichen, wenn jene Vorschrift mit dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit dergestalt in Widerspruch steht, daß durch die Einhaltung derselben die Autorität von Recht und Gesetz erheblich ärger gefährdet wäre als durch deren Außerachtsetzung."
Zustimmend J. Goldschmidt 1/249; kritisch M. Rümelin 4/44.
Wüstendörfer (348): Gesetzesabweichung, "wenn ein deutlich erkennbar gewordenes allgemeines Werturteil der führenden Kulturschicht des Volkes (-gruppe) die dringende soziale Notwendigkeit des Schrittes (dem Richter) vor das Auge rücken."

Mit den von der Wissenschaft bisher gegebenen Formeln sind noch keine genauen Maßstäbe vorhanden.
Solange das Gefüge der außerrechtlichen Entscheidungsgrundlagen nicht erforscht und dem Richter keine Lehre über sein Vorgehen gegeben ist, wird das Faktum eines Contra-legem-Judizierens ein methodologisches Problem bleiben. Die Eigentümlichkeiten einer Rechtsprechung über bejahrte Gesetze, eine rechtsphilosophische [1], rechtsgeschichtliche [2] und rechtsvergleichende [3] Betrachtung - sie werden vielleicht einmal das Wissen um die tatsächlich befolgte Methode vermitteln.

## C. 'Freie Rechtsfindung'

Nach den vorangegangenen Abschnitten systematischer und historisch-kritischer Betrachtung ist es möglich, den angefochtenen Begriff 'freie Rechtsfindung' zu entschärfen.

Mit diesem Schlagwort wird seit Beginn dieses Jahrhunderts im Streit um das Verhältnis Richter-Gesetz gekämpft, und zwar ohne daß ein besseres Wissen um die Rechtsfindung gewonnen worden wäre. Schuld am Entstehen, an der Hitze, Verworrenheit und an der Nutzlosigkeit des Streites ist das Wort 'frei' [4], welches ja auch anderwärts allem Unverständnis als Anlaß und Deckmantel dient. Was ist und wann ist eine Rechtsfindung 'frei' ?

---

Fortsetzung der Fußnote 2) von Seite 124:
(340): "Die Rechtsprechung gegen das Gesetzeswort ist nichts anderes als die graduelle Steigerung restriktiver Auslegung."
Rundstein (16): "Der Richter soll kein Knecht des Gesetzes sein, vielmehr soll er es beherrschen und lenken; zweifellos darf er den Gesetzesinhalt den Erfordernissen des nie stillstehenden Lebens anpassen, gegebenenfalls umändern und entsprechend gestalten."
M. Rümelin (4/45): "Wird die Notstandsschranke und das Gebot äußerster Zurückhaltung eingehalten, so wird sich gegen die neue Lehre nichts Stichhaltiges vorbringen lassen."

1) Vgl. zur Stellung katholischer Rechtsphilosophie zum Problem: Reichel 3/126 (mit Literatur).
2) Über Rom: Ehrlich 4/232, Gmür 105, Reichel 3/123-126.
3) Frankreich ! Vgl. Reichel 3/35.
4) Bezeichnend: 'Das Prinzip des freien Rechts ist die Idee der Freiheit' (Berolzheimer 607-609). Wie viel und wie wenig ist damit gesagt !

Der Ausdruck 'freie Rechtsfindung' stammt von Ehrlich (1888) [1], aber auch von Gény ('libre recherche scientifique', 1899). [2]

Jeder Autor der Freirechtsbewegung griff nach dem neuen Wort, das ein Aufgehen der Sonne zu verheißen schien. Das 'freie Recht' dem 'freien Richter' zur 'freien Rechtsfindung' - vor so viel Freiheit schwanden fast die Sinne. Man ergab sich blindlings der Begeisterung, die von dem tabu-brechenden Aufruf des

---

1) 1/; vgl. dazu Heck 4/105, Meier-Hayoz 13.

2) Äußerungen zum Ausdruck "freie Rechtsfindung":
Ehrlich in seinem berühmten Vortrag 'Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft' (1903):
(4/140): Entscheidet der Richter ohne Rechtssatz, so wird die Entscheidungsnorm ganz frei gefunden; entscheidet er auf Grund eines Rechtssatzes, so wird die Entscheidungsnorm von der im Rechtssatz enthaltenen bestimmt. "Die richterliche Entscheidungsnorm wird durch die des Rechtssatzes um so genauer bestimmt, je konkreter der Rechtssatz ist, sie ist um so freier gefunden, je allgemeiner der Rechtssatz lautet. Es gibt Rechtssätze, die dem Richter fast unbegrenzte Freiheit lassen."
Kantorowicz (1/20): Die Rechtswissenschaft "wird 'freie Rechtsfindung', wo sie Gemeinschaftsrecht entdeckt und zur Anwendung bringt. Sie erhebt sich zu freier Rechtsschöpfung, wo sie individuelles Recht hervorbringt."
Saleilles (93): "Muß man nicht da, wo es ein neues Rechtsverhältnis zu regeln gilt, offen und frei dem Richter gestatten, aus neuen Quellen zu schöpfen und die Regeln seines Verhaltens nicht aus den überlieferten Denkformen und den Begriffen des Gesetzes, sondern aus den Erfahrungstatsachen des Lebens zu entnehmen ?"
Berolzheimer (607, 609): "Das Prinzip des freien Rechts ist die Idee der Freiheit (d.h. die Ausschließung jeglicher Versklavung aus dem Recht). Vornehmstes Ziel der freien Rechtswissenschaft:
die Durchsetzung der Freiheit im Recht - auf Grund der Rechtsidee gegen das Gesetz."
Ebenstein (172): Der Richter ist bei seiner Rechtsschöpfung relativ frei (die Normen sind nur Rahmen), genau wie ja auch der Gesetzgeber in seiner Rechtsschöpfung nicht absolut frei ist.
Zimmerl (139): "Auf Grund der kasuistisch-gefühlsmäßig aufgebauten Gesetze ist jedes Ermessen des Richters notwendig ein 'freies', also an das Gesetz nicht gebundenes."
Ferner wird der Ausdruck von Sternberg (165) aufgegriffen, Gmür 106 u. pass.

Gnaeus Flavius/Kantorowicz ausging. [1) 2)] Andere wandten sich scharf ab. [3)]

Auch mancher der maßvollen Methodenforscher lehnte eine freie Rechtsfindung ab. [4)] Nicht einmal die Einführung des Art. 1 ZGB in der Schweiz [5)], allge-

---

1) Auftreten 'freier Rechtsfindung' in anderen Zeiten und Orten:
vgl. für Athen Vinogradoff 81-88;
für Rom Klein 917, Gmür 105, Reichel 3/12;
für deutsche Rechtsgeschichte Ehrlich 3/39, Max Weber 408,
dagegen: Heck 4/120 f.
für England Ehrlich 4/235, Klein 917.

2) Als 'freie Rechtsfindung' werden z.B. folgende Gerichtsurteile bezeichnet:
RGZ 61/359 (Ausbeutung der Rechtssicherheit gegen die guten Sitten),
RGZ 100/132, 104/397 (kriegsbedingte Veränderung in den Verhältnissen ist zu berücksichtigen),
die heutige Anwendung des § 242 BGB (vgl. Wieacker 3/5).

3) Henle (3): "Freie Rechtsfindung ist eine Form der Seuche: Abfall der Rechtsprechung vom Gesetz."
Klein (917): "Das Recht ist nicht Richtereigentum, sondern Gemeingut. In der Rechtsprechung muß zur Geltung kommen, was auch der großen ungelehrten Menge verständlich und zugänglich ist, nicht die unberechenbaren Äußerungen eines überkultivierten individuellen Rechtsgefühls."
Manigk (2/477): Die Freirechtslehre als ein deutliches Zeichen für die Naivität, mit der noch in der Gegenwart methodisch gerichtete Schulbewegungen auftreten können.

4) Brütt (147), Reichel (2/467);
Wüstendörfer (289): "Freie Rechtsfindung ohne Anlehnung an das bestehende Gesetz da, wo eine solche Anlehnung möglich wäre, liefe hinaus auf eine Störung der gesetzlichen Ordnung, auf ein bewußtes Zersprengen der gesetzlichen Bande."
Heck (2/24) gibt für seine Ablehnung als Gründe an:
1) Innerhalb der Bevölkerung bestehen gegensätzliche Anschauungen in den fraglichen Lebensgebieten,
2) der Richter kann parteiisch werden oder scheinen,
3) das Ideal der Angemessenheit ist nicht das einzige Ideal der Rechtspflege: Rechtssicherheit und Streitvermeidung sind zum Teil wichtiger als richtige Streitentscheidung. Ähnlich 4/105.

5) Abs. II: Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

mein als Bekenntnis zu 'freier Rechtsfindung' empfunden [1], konnte dem Begriff viele Freunde erwerben [2].

Was aber hat die schweizerische Rechtsprechung in vierzig Jahren mit den ihr hier eingeräumten Befugnissen anzufangen gewußt? Meier-Haxoz' ausführliche Studie kommt in dieser Frage zu einem negativen Ergebnis. [3] Dies ist wohl

---

1) Gmür 106, Meier-Hayoz 75 ff., Müller-Erzbach 3/5, a.A. Wieland 584.

2) Dabei geschah sie unter folgender Ägide (die von Eugen Huber stammende Erläuterung zum Vorentwurf):
"Im Gang der Rechtspflege wird das (i.e.: 1 ZGB) auch stets geübt, nur daß man von dem Trugbilde ausgehen zu müssen glaubte, der Richter wende stets das gesetzte Recht an, während doch diese Voraussetzung in zahlreichen Fällen nicht zutrifft. Der Richter wird freier sein, als er es heute ist, wo man ihm zumutet, und wäre es auch mit den bedenklichsten Interpretationskünsten, alles und jedes aus dem Gesetz abzuleiten. Würdiger aber waltet er des Amtes, wenn solche Kunststücke ihm nicht zugemutet werden."

3) Meier-Hayoz (122/203):
"Die Praxis hat sich von der Überschätzung des Gesetzes nicht in dem Maße gelöst, wie Gesetzgeber und Doktrin das gewünscht hatten. Von der ihm eingeräumten Kompetenz zur Ergänzung des Gesetzes hat der Richter zwar in unzählig vielen Fällen Gebrauch gemacht - regelmäßig aber, ohne sich dabei ausdrücklich auf Art. 1 ZGB zu berufen. Neben der gesetzgeberischen Methode des Art. 1 ZGB haben andere Methoden eine unerwartet große Rolle gespielt" (besonders oft Fiktionen von Sachverhalten oder Rechtssätzen).
(206): "Ebensowenig wie das Privileg freiheitlicher Argumentation haben die Gerichte die Möglichkeit offener, wahrheitsgetreuer Argumentation voll ausgenützt. Fiktionen und Konstruktionen gehören noch immer zum üblichen richterlichen Rüstzeug bei der Ergänzung des Gesetzes. Wenn immer möglich, versucht der Richter, über eine Lücke des Gesetzes hinwegzutäuschen. Ein durch freie Rechtsfindung gewonnenes Resultat wird dem Gesetz unterschoben und als Ergebnis konstruktiver, historischer oder teleologischer Auslegung ausgegeben, und zwar so, daß man den tatsächlichen Vorgang verschleiert."
Nicht entgegenstehend - denn Art. 1 ZGB sollte ja mehr die Methode als die Ergebnisse verbessern - die Sätze Reichels (3/51): "Art. 1 ZGB kodifiziert nur das tatsächliche Verhalten des Richters zum Gesetze, wie es in der Schweiz seit alters beobachtet wird. Die vielberufene Gewaltenteilungslehre, das Dogma von der absoluten Gesetzesgebundenheit hat bei

ein sehr trauriger Lohn für ein Unternehmen, das für die kontinentaleuropäischen Rechtskreise revolutionär in seiner Offenheit und vom einmütigen Beifall der Wissenschaft begleitet gewesen war. Der Mißerfolg des Versuches mit Art. 1 ZGB muß nachdenklich machen. Was ist denn freie Rechtsfindung, und kann es sie überhaupt geben? Der Begriff ist eigentlich nie geklärt worden. Die ihm zugrunde liegenden Vorstellungen - je nach der Blickrichtung und den Interessen des jeweiligen Autors - bestanden entweder in einer Freiheit der Rechtsfindung oder in einer Anwendung freien Rechts; einmal also Freiheit des Verfahrens, das andere Mal Eigenart der anzuwendenden Normen. Das sind die vertrauten Fragen nach der Methodik der Rechtsfindung und ihren Entscheidungsgrundlagen, seit alters her geläufig. Aber worin sollte die neue Freiheit des Verfahrens bzw. der Normen bestehen? Hierüber wurde wenig oder nichts gesagt. Man hörte den Ruf nach Freiheit. Indessen, in den Jahren der ausgehenden Monarchie, in Deutschland, unter der frischen Herrschaft eines neuen Gesetzbuches (BGB), dem trotz seines Inkrafttretens am ersten Tage des neuen Jahrhunderts nachgesagt wurde, Frucht des alten zu sein - in solcher Zeit meinte 'Freiheit' sehr viel, und man sprach so oft davon, daß sich eine Definition zu erübrigen schien. An ihrer Stelle zogen Nichtwissen und Ressentiment in die Wissenschaft ein. Wo niemand sagte, was er meinte - obwohl die Freirechtslehre, wie jede Neuerung, für ihr Leben darauf angewiesen war -, konnte ein jeder denken, was er denken wollte. Wer sich nicht auf die Seite der 'Modernisten' stellte, schlug sich zu ihren Gegnern. Das war der Inhalt des 'Methodenstreits', an dessen Ende sich die Führer der neuen Richtung von einer Rechtswissenschaft abwandten [1], die erst nach 50 Jahren die Hälfte des von ihnen beschriebenen Weges gegangen sein würde.

Manches am Mißerfolg der so eindringlich verkündeten 'freien Rechtsfindung' hatten sich ihre Vertreter selbst zuzuschreiben: Sie nahmen an der Disputation in der Rechtswissenschaft teil, ohne deren Art der Argumentation zu überneh-

---

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 128:
den republikanischen Volksrichtern der Schweiz nie eigentlich Boden gefaßt."
Darum in der Schweiz keine eigentliche Freirechtsbewegung. "Was an ihr gesund und richtig ist, hat die Schweiz schon lange besessen."

1) Vgl. über Kantorowicz, Ehrlich, Rumpf oben S. 67,
ferner: über Llewellyn bei Coing 2/.

men. [1] Gewiß - sie lehnten die überkommene Denkweise des deduktiv-begrifflichen Beschreibens ab. Sie wollten mehr Wahrheit, eine dem Leben mehr zugewandte Erkenntnis. All das konnten sie erlangen - nicht aber die Anerkennung in einer Gesellschaft, über deren Wesen und Tun sie so viel Richtiges gesagt hatten. Warum kämpften die Neuerer nicht mit den Waffen der bestehenden Wissenschaft? War ihnen am Erfolg von vornherein so wenig gelegen - oder wußten sie nicht, wie die Gesellschaft mit ihren Außenseitern verfährt? In beiden Fällen brauchten sie eigentlich nicht enttäuscht zu sein, wenngleich es wohl über die Kraft von einzelnen gehen mochte, besessen von Neuwissen sich zu verbergen und im Tonfall des Alten einen Fortschritt zu betreiben, der aller Voraussicht nach erst in einigen Menschenleben das geschaute Ziel erreichen würde. Die Verkünder einer freien Rechtsfindung haben wohl geglaubt, alsbald ihre Gedanken verwirklichen zu können. Sie hatten große Erfolge: Die Rechtsprechung bemächtigte sich nur zu gern der hier gebotenen 'Freiheit vom Gesetze' [2], und der Gesetzgeber - gar nicht der eigentliche Feind - schenkte den neuen Lehren mit Art. 1 ZGB ihren großen Triumph.

Aber sowenig auch die freirechtlichsten Entscheidungen sich zu ihrem Geist bekannten, sowenig Art. 1 ZGB Eingang in die Urteilsgründe fand, ebensowenig konnte die Lehre von der freien Rechtsfindung dort einen Platz gewinnen, wo sie ihn - wie alle Rechtswissenschaft - erstrebte: im Bewußtsein der Juristen. Sie führt dort ein Schattendasein, als Schlagwort für einen schreckhaft abgelehnten Unwert (Gesetzesuntreue). Mancher Wissenschaftler weiß heute die einstige Rolle und Bedeutung dieser Lehre zu würdigen und bisweilen auch zu loben. Soweit sie nicht ganz vergessen ist, bleibt sie eine unbehagliche Erinnerung und wird - wenn gelegentlich beschworen - als Kuriosum oder Angriff empfunden. Die Rechtswissenschaft von heute hält eine freie Rechtsfindung für unnötig oder gefährlich; und niemand ist geneigt, bei Begründung seiner Entscheidung das Wort 'frei' zu gebrauchen. Das Gesetz behält - auch mit seinen älteren Exemplaren (BGB, ZPO ...), die vom Gewohnheits- und Gerichtsrecht bis zur Unkenntlichkeit umrankt sind - das Monopol zur Rechtfertigung des Richterspruchs.

---

1) Typischer Vorbehalt eines Juristen gegen die Neuerer (bezeichnend auch, weil Jung sogar zu den Wegbereitern des Neuen gehört): "Es ist an sich unwahrscheinlich und würde eine Vermutung gegen die neuen Ansichten begründen, wenn sie zu dem Schluß nötigten, daß die ganze jahrtausendelange bisherige Entwicklung der Jurisprudenz ein methodischer Irrweg gewesen sei. Eine konstante, bei allen Völkern wiederkehrende Erscheinung muß im Wesen der Dinge ..." (E. Jung 3/98).

2) Siehe oben S. 120 f.

Und das, obwohl die tatsächliche Zahl von außergesetzlichen Rechtssätzen und Gerichtsurteilen contra legem die bisherigen Schätzungen noch übersteigen dürfte. Das Gesetz, wennschon erst aufgeschlagen zur Stunde der Anfertigung von Gründen für eine bereits getroffene Entscheidung, vermag im Verein mit vielfältigen Auslegungskünsten jedes denkbare Urteil zu stützen. [1] Die Darlegung der tatsächlich gepflogenen Richterüberlegungen bleibt noch immer Ausnahme.

Hieran beweist sich der Fehlschlag der befreienden Methoden. Es gibt - neben den schon früher angeführten - viele Gründe dafür. Der berechtigste davon ist der immer wieder beklagte Mangel an Klarheit, Verständlichkeit [2] und damit auch an wissenschaftlicher Durchdringung.

So sagt Kantorowicz über das freie Recht:

(1/10 f.): Das freie Recht ist jedes Recht, "welches unabhängig von staatlicher Macht zu gelten beansprucht".

(7/28): Das förmliche Recht hat Lücken, Recht kann immer nur durch Recht, förmliches nur durch nichtförmliches, also freies Recht ergänzt werden.

Ebenso (2/262): Freie Rechtsfindung: wenn die bloße Rechtsfindung an ihre Grenze gelangt ist. Freies Recht ist dort, wo Lücken des Gesetzes auszufüllen sind. Es gilt nur subsidiär.

Und später noch einmal (6/1241).

Hiernach scheint ziemlich klar zu sein, was freies Recht ist: Es sind die Maßstäbe, Normen ..., anhand deren die Lücken des Gesetzesrechts ausgefüllt werden. Zu monieren wäre daran lediglich, daß die Bezeichnung 'freies Recht' willkürlich gewählt und durch eine treffendere zu ersetzen ist.

Kantorowicz bleibt aber bei dieser im ganzen akzeptablen Vorstellung seines 'freien Rechts' nicht stehen.

(3/14): Beispiel der Strafzumessung. Die Auswahl aus den verschiedenen Möglichkeiten geschieht 'sine lege, aber nicht sine norma'.

Das Urteil muß als eine seiner Prämissen die Norm besitzen, "daß alle Diebstähle bei dieser Beschaffenheit von Tat und Täter mit 3 Monaten Gefängnis zu bestrafen sind".

Diese "Norm gehört nicht zu den außerrechtlichen Normen, (wie etwa Sittlichkeit, Anstand) und nicht zum Gewohnheitsrecht.

Sie gehört zu den Normen des freien Rechts."

---

1) Vgl. dazu o.S. 12.

2) Vierhaus 1/1170, Neukamp 46, Somló 2/394, Kanigs 3 f.; andererseits: Klage der Freirechtslehre über das ihr gegenüber gezeigte Mißverständnis: Kantorowicz 7/30.

Was Kantorowicz hier beschreibt, stellt sich als die Entscheidungsnorm heraus. Man gewinnt sie erst aus den Entscheidungsgrundlagen, und sie steht - logisch und zeitlich - ganz unabhängig von ihnen da. Kantorowicz aber schlägt sie zum 'freien Recht'.

Vollends unklar - nämlich zum Sammelnamen für die allerverschiedensten Dinge - wird der Begriff in folgender Darlegung Kantorowiczs (5/5):

> Förmliches Recht = Gesetzes- und Gewohnheitsrecht im bisherigen Sinne; freies Recht = sowohl freies Gesetz- wie freies Gewohnheitsrecht.
> Das freie Recht "umfaßt zahlreiche Formen, vom 'ius aequum' der Römer über das 'natürliche Recht' der Aufklärer und den Grundsätzen von 'Treu und Glauben' im deutschen bürgerlichen Recht bis zu der 'Regel', die der schweizerische Richter aufstellen würde".

Man sieht schon: Kantorowicz wollte alle außerpositivrechtlichen Entscheidungsgrundlagen zum freien Recht zusammenfassen. Unglücklicherweise gelang ihm nie - obwohl oft angekündigt - ihre systematische Darstellung. Ja, nicht einmal im Gedanken hatte er eine Gliederung vollzogen: das Naturrecht stand ungetrennt neben der Regel, die der (schweizerische) Richter 'als Gesetzgeber' aufstellen kann - zwei nach Zustandekommen, Inhalt und Geltung gänzlich verschiedene Normenarten.

Kantorowicz hatte noch einen - nämlich historisierenden - Gedanken über sein freies Recht (5/5):

> Es ist frei, "weil das freie Recht den geschichtlichen Formungs- und Formulierungsvorgang nicht oder nicht bis zum Ende durchlaufen hat".
> In 6a/ = 9/94 f. wird das freie Recht in 4 Gruppen unterteilt: Werdendes bzw. begehrtes gesetztes (bzw. Gewohnheits-)Recht.
> Und später (6/1241): The rules of free law "are not formal law: they have not been formalized but are still in a state of transition like bills, principles of policy, business customs, inarticulate convictions, emotional preferences.
> Their validity is far less than that of the formal law und sometimes nil, but their practical importance is even greater."

Wenn sie sich 'in a state of transition' (Übergangszustand) befinden, so heißt das wohl, daß sie eine Tendenz zum Übergang in das geformte Recht aufweisen. Für die von Kantorowicz erwähnten Verkehrssitten und Handelsbräuche mag das oft zutreffen, kaum aber für die gefühlsmäßigen Inhalte. Überhaupt - warum sollte man das vorhandene Normenmaterial unter der Kategorie der Dynamik (Übergangszustand !) betrachten? Der Richter urteilt nach den jetzt geltenden

---

1) Siehe oben S. 12-17.

Maßstäben. Das Moment der Zeit spielt nur ganz beschränkt mit: nämlich im Umfange des Augenblickes (allenfalls noch der Vergangenheit, nämlich für zurückliegende Sachverhalte). Der Richter hat (exakt verstanden !) nicht progressiv zu urteilen; es gibt für ihn nicht die Zukunft. Die in der Gesellschaft vorhandenen (noch einmal: die jetzt vorhandenen) Normen und Werte bestimmen sein Urteil.
Allerdings: Dazu gehören auch die in der Gesellschaft wirksamen Strebungen auf Veränderung des Bestehenden. Soweit sie noch nicht im positiven Recht ihren Niederschlag gefunden haben, dieses vielleicht noch entgegengesetzt lautet - so weit ist der Richter Helfer des Fortschritts, aber stets: eines von der Gesellschaft gewollten Fortschritts. In dieser Beschränkung könnte man den zuletzt zitierten Worten Kantorowiczs zustimmen: Hier findet ein Übergang statt.
Aber Kantorowicz meint ja viel mehr: Alles freie Recht befinde sich auf einer Zwischenstation des Formungsvorgangs (zum positiven Recht, wie Kantorowicz wohl meint). Dieses Bild legt die Vorstellung des Unvollendeten nahe: etwa, der Richter müsse dem noch ungeformten, in der Geburt befindlichen Recht nachhelfen, er müsse ersetzen, was dem freien Recht noch an Positivität fehlt.

Alles das mag bei Normierungen zutreffen, die tatsächlich auf dem Wege zum Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht sind. Aber das sind nur sehr wenige von den Normen, die Kantorowicz unter seinem freien Recht zusammenfaßt. Alle Werte (Gerechtigkeit, Moral ... [1]) z.B. sind es nicht. Und woher hätte der Richter das Recht, der Entwicklung vorzugreifen? Er weiß sowenig wie irgend jemand, ob die Gesellschaft in der eingeschlagenen Richtung weitergehen wird. Erst rückblickend läßt sich - durch den Historiker - beurteilen, ob eine frühere Tendenz die Wurzel späterer Wirklichkeit war.
Und selbst wenn einem Richter prophetische Kraft zukäme - er dürfte die Wurzel nicht für den Stamm, die werdende Norm nicht für die gesetzte Norm nehmen. Werdendes, ungeformtes, 'freies' Recht hat er als werdendes ... 'Recht' anzuwenden. Nicht Zukünftigem und nicht Vergangenem soll der Richter nachhängen - er dient dem Heute, das für den Wachenden an jedem Tag anders ist.

Die Sicht Kantorowiczs vom 'freien Recht' als dem Recht, das den 'geschichtlichen Formungs- und Formulierungsvorgang nicht oder nicht bis zum Ende durchlaufen hat', ist beengt und unbrauchbar. Seine Zusammenziehung von außerrechtlichen und Entscheidungsnormen zum freien Recht ist verwirrend. Kantorowicz, dessen so berühmt gewordene Freirechtslehre im Ruf nach Berücksichtigung des freien Rechts gipfelte, hat in diesem Kernpunkt versagt. Es ist nicht zu verstehen, auf welcher Grundlage der Richter entscheiden soll, nachdem das Dogma von der Allmacht der Gesetze gebrochen ist. Kantorowicz selbst hat wohl in dieser wichtigsten Frage keine genaue Vorstellung gehabt.

1) Siehe oben S. 27-36.

Als seine Gnaeus-Flavius=Schrift erschien (1905), war das verständlich und verzeihlich:
der Kampf um die Rechtswissenschaft ging zunächst gegen die alte Doktrin. Dieser Kampf war spätestens 1915, als Reichels 'Gesetz und Richterspruch' erschien, gewonnen.
Aber noch immer war keine Methodik der sogenannten freien Rechtsfindung entworfen. Bei dem eigentlich geringen Widerstand, den die Freirechtslehre fand, soweit sie Überholtes angriff, wäre schon seit 1906 Ruhe und Zeit vorhanden gewesen. Statt dessen verblieb Kantorowicz in dem reißerischen Gewand, das er sich als Gnaeus Flavius umgelegt hatte, und verhinderte nicht, daß die Mehrzahl der Schriftsteller ihn nach Äußerungen verstand, die nur aus der Lust am Umsturz entstanden waren.

Die Rechtswissenschaft - so kritisch man vielleicht auch ihre Vertreter betrachtete - hätte aber eine wissenschaftliche Bearbeitung der hinter 'freiem Recht' und 'freier Rechtsfindung' stehenden Gedanken verdient gehabt. Kantorowicz blieb sie schuldig und stand noch 1934 (Zitate s. o. S. 132 f.) auf dem Niveau seiner Methodologie von 1906. Bedeutete der 'Kampf um die Rechtswissenschaft' einen genialen Anfang, so kann man sich angesichts der späteren Repetition nicht des Gedankens an andere geniale Dilettanten erwehren.
Überdies war die Bundesgenossenschaft des lautstarken Ernst Fuchs eine schwere Belastung für die neue Lehre. Es kam schließlich dahin, daß man Fuchs und Gnaeus Flavius für die Repräsentanten der Bewegung nahm und Ehrlich, Stampe, Kantorowicz und Rumpf kaum noch sah. Wer, klug genug, sich frühzeitig abgesetzt hatte (Heck), konnte einige Früchte der Freirechtslehre ernten. Ihre ausgewogene Form (etwa Reichel) blieb unbeachtet.

Indessen lieferten auch die stilleren Freirechtler keine Methodik der freien Rechtsfindung. Der Begriff blieb Plakat - gut und schlecht genug zum Aushang und als Gegenstand der Beschimpfung.
In welcher Hinsicht wäre eine solche Methodik überhaupt denkbar, könnte es 'freie Rechtsfindung' überhaupt geben?

Die beiden möglichen Bedeutungen des Begriffs sind [1]:
Freiheitlichkeit des Verfahrens und
Anwendung freien Rechts bei der Rechtsfindung.
Im einzelnen:
Was könnte ein freies Verfahren sein?
Gemeint ist wohl Freiheit von der Begriffstyrannis der Methode des 19. Jahrhunderts die angeblich aus dem Gesetz, in Wirklichkeit aber aus einem logistischen System der Wissenschaft ein Heer von nicht geschriebenen Normen zutage

1) Siehe oben S. 129.

förderte. [1] Die Anwendung des Gesetzes sollte in die Grenzen seiner Reichweite zurückgeführt werden, nachdem es unter Antrieb seines angeblichen 'Willens', 'Geistes' usw. über die Ufer getreten war. Die Eindämmung war zu erreichen, indem man mit einer neuen, zutreffenden Auslegungsmethode seinen Inhalt, eben seine Tragweite, bestimmte. [2] Das Gesetz stellte sich dabei als lückenhaft heraus, und da das Gewohnheits- und Gerichtsrecht nicht stets über einspringende Normen verfügte, war das Recht, das positive Recht, lückenhaft. [3] Die neu gesehenen Lücken bedingten, daß andere Normen bei der Entscheidung an die Stelle des positiven Rechts traten. Was bisher das Gesetz (scheinbar) geleistet hatte, wurde entwertet. Dem konservativen Beobachter erschien das als eine Außerkraftsetzung des positiven Rechts. Dieser Eindruck verstärkte sich durch eine andere Forderung der neuen Lehre: In gewissen Fällen sollte es möglich sein, ein Gesetz nicht zu befolgen. Das war nun wirklich eine Gesetzesabweichung, die angesichts ihrer Seltenheit eigentlich nicht stark ins Gewicht fiel, aber im Verein mit der Eingrenzung des Norminhalts der neuen Lehre den Stempel eines Gesetzesstürmers aufdrückte. Die Gegner glaubten - wenigstens behaupteten sie so -, die Gesetze würden nun mehr oder weniger außer Kraft geraten. Das gänzliche Mißverständnis war da, und weil gegen die Lehre in solcher Gestalt der Kampf leicht fiel, verblieb es bei der Sicht eines Feindes, der zum kleinen Popanz gemacht worden war. 'Freie Rechtsfindung' - die 'Seuche: Abfall der Rechtsprechung vom Gesetz', das hieß strafbare Rechtsbeugung. [4]

Was aber in Wirklichkeit mit der Freiheitlichkeit des Rechtsfindeverfahrens gemeint war - Rückführung des Gesetzesinhalts in seine tatsächlichen Grenzen, also: contra Begriffsjurisprudenz; Außerachtlassung eines unbrauchbar gewordenen Gesetzes - das war kein Abfall, sondern die angemessene Sicht von der Bedeutung der Gesetze.

Von 'Freiheit' konnte dabei nicht die Rede sein: weder wurde die Methode der Auslegung freigegeben noch die Gesetzesabweichung in das Belieben des Richters gestellt. Ausgelegt wurde damals - wie auch heute - nach den Geboten der wahren Erkenntnis. Der Richter ermittelt den Inhalt eines Gesetzes; diese seine Freiheit ist Erkenntnis und geht auf die Wirklichkeit. Das Wissen ist wahr, wenn es die wirklich bestehenden Normen ergreift und enthält. Nichts anderes ist das Ziel der Ermittlung positiven Rechts durch den Richter, also der Auslegung. Freigegeben ist dabei nichts.

---

1) Siehe oben S. 19 ff.
2) Dazu siehe oben S. 23 f.
3) Vgl. oben S. 92 ff.
4) Henle 3, Bülow 2/775.

Ebensowenig hat der Richter Freiheit, vom positiven Recht abzuweichen. Die Fragestellung lautet (das Thema ist weder von der Freirechtslehre noch von einem neueren Schriftsteller auch nur einigermaßen ausführlich behandelt worden): Wann ist der Richter rechtlich verpflichtet, vom Gesetz abzuweichen (Reichel [1]) ? Pflicht und Freiheit - das ist ein scharfer Gegensatz; für eine Freiheit bleibt bei einer Gesetzesabweichung kein Raum.

Wer hier einwenden mag, die Abweichung sei doch ins Belieben des Richters gestellt, da die Bindung an das Gesetz aufgehoben sei, der stellt nur fest, was bei jedem, aber auch jedem Urteil geschieht: Der Richter findet das Urteil nicht (allein) aus dem Gesetz, sondern auch nach Maßstäben außerhalb der Gesetze und des positiven Rechts: Noch die nach dem Gesetzestext ganz eindeutige Entscheidung durchläuft (bwußt oder unbewußt) die Prüfung nach Billigkeit, Moral, ..., also nach außerrechtlichen Maßstäben [2]. Die Maßstäbe sind nicht nach Gutdünken der Richter zu ermitteln, sondern objektiv aus dem Normen- und Wertbewußtsein der Gesellschaft. Diese Prüfung ist nichts der Gesetzesabweichung Eigentümliches. Wenn zuweilen eine nach dem Gesetz gegebene Entscheidung in den Maschen der übrigen Maßstäbe steckenbleibt und deswegen vom Richter nicht verkündet wird, so ist das im Falle der geringfügigen Abweichung durchaus geläufig, im Falle der allmählichen Außerkraftsetzung selten - stets aber gefordert und verursacht durch die Eigenart der richterlichen Entscheidung, deren Inhalt nicht allein vom Gesetz, sondern von einem Gefüge ('Pluralismus' [3]) der Entscheidungsgrundlagen bestimmt wird.

Ist es also mit einer Freiheit der Rechtsfindung im Hinblick auf ihr Verfahren nichts, so kann jene Freiheit auch nicht im sogenannten freien Recht gefunden werden. Wie bereits gezeigt [4], wußte nicht einmal die Freirechtslehre dem Begriff einen verständlichen Inhalt zu geben. Das 'freie Recht' diente seinem Erfinder, Kantorowicz, nur als Fackel zur Verbreitung der vorhin geschilderten Forderungen: Einschränkung des Gesetzesinhalts (als Ergebnis richtiger Auslegung) und Zulässigkeit gelegentlicher Abweichung. Das Wort wirkte auf die in festgefahrene Bahnen gebannten Leser des 'Kampfes um die Rechtswissenschaft' wie ein Peitschenhieb: befreiend und schmerzlich. Die Lösung des Bannes - der unbestrittene Erfolg der Freirechtslehre - gelang; nicht aber diejenige des Unbehagens, zu bewerkstelligen durch wissenschaftliche Erfassung des Freirechts. Kantorowicz meinte mit ihm die nichtgeformten und nichtformulierten Maßstäbe, mit anderen Worten: die außerrechtlichen Entscheidungsgrundlagen. Sie

---

1) Reichel 3/13, s. a. o. S. 117.

2) Siehe oben S. 26.

3) Siehe oben S. 30 sowie S. 101 f.

4) Siehe oben S. 131-133.

sind es, mit deren Hilfe bei Rahmengesetzen (z.B. Strafmaße) die Entscheidungsnorm gefunden wird, Lücken des gesetzten Rechts überbrückt werden und unerträgliche Vorschriften des positiven Rechts abgelegt werden können. Der ganze Strauß von Normen und Werten ist dem Richter zur Hand, und zu ihm muß er sich wenden.

Kann dies nun das 'freie Recht' genannt werden?
Die Vorstellung der Freiheit wirkt herein, weil jene Grundlagen nicht vom Staate erlassen sind, sondern unmittelbar von der Gesellschaft erzeugt werden. Es muß eine staatsmüde Zeit gewesen sein - Anfang dieses Jahrhunderts -, die im Loskommen von staatlicher Anleitung schon Freiheit sah. Demokratien verzichten aber ebensowenig auf den Staat wie jene konstitutionelle Monarchie. Auch der Mangel an Volkssouveränität kann kaum der Grund gewesen sein, die nichtstaatlichen Entscheidungsgrundlagen als die 'freien' zu preisen. Welche Neigung immer das Streben nach 'Freiheit' hervorgerufen hat - rational ist die Höherbewertung der außergesetzlichen Normen als 'freie' ein Irrtum: die staatlichen Normen sind nicht ein Zeichen für Unfreiheit - und die gesellschaftlichen Normen geben nicht mehr Freiheit als jene.

Es ist müßig, über den Ursprung des Antistaatressentiments nachzudenken. Soweit es sich aus vordemokratischen Staatsformen herschreibt, ist es überholt.
Es ist sogar zu vermuten, daß die von der Gesellschaft unmittelbar erlassenen Normen (insbesondere Sitte, Moral) oft eine lästigere Diktatur ausüben als die staatlichen Normen:
Diese sind in einem Verfahren, innerhalb dessen eine Überprüfung auf Sinn und Angemessenheit möglich war, erlassen - während jene,die gesellschaftlichen Normen,häufig vom Dafürhalten der größten Zahl gesetzt sind. Die Unvernunft und Zopfigkeit weiter Teile des Sitten- und Moralkodex liegt offen zutage - ohne aber geändert werden zu können. Die Möglichkeit, hier mit Gesetzen einzugreifen, ist viel zu nutzbringend [1], als daß man es zulassen könnte, die Rechtsfindung nach Gesetzen als 'unfrei' abzuurteilen. Gesetze sind das unentbehrlichste Mittel, um die höheren - aber häufig schwächeren - Wertungen der Gesellschaft zur Geltung zu bringen. Die Unfreiheit liegt nicht in der Idee vom Gesetz (und befördert nicht manches Gesetz die Freiheit des einzelnen erheblich?).
Unfreiheit gesellt sich erst durch eine falsch geübte Jurisprudenz zum Gesetze: wenn ihm Inhalte abgezwungen werden, die ihm nicht zukommen. Dann erst kann sich die Wohltat des Gesetzesrechts verkehren. Die Schuld daran trägt aber der fehlgeleitete 'Anwender'.

Gesetz und Freiheit - beide wohlverstanden - sind kein Gegensatz, sondern Bundesgenossen. Mit der Freiheit, welche ein 'Freirecht' bringen soll, kann indessen

1) Siehe darüber oben S. 79-81.

auch etwas anderes gemeint sein: nicht die Freiheit des Bürgers, sondern die des Richters. [1]

Der Richter ist nicht frei. Ob er auf geformten (Gesetz, Gerichtsrecht) oder ungeformten (Gewohnheitsrecht und alle außerrechtlichen) Grundlagen entscheidet - er hat sich stets an die vorhandenen Normierungen zu halten und sein eigenes Streben hintanzusetzen. Mancher glaubt, das Gesetz bedeute deswegen eine schwere Fessel, weil es schon formuliert (in Worte gefaßt) sei, während der Inhalt der übrigen Wertungen vom Richter frei zu ermitteln sei. Das ist aber nur dann eine Freiheit, wenn der Richter bei der Ermittlung sein eigenes Wünschen zur Geltung bringen darf - was nicht der Fall ist. So hat der Richter bei Festlegung der 'guten Sitten' (§§ 138, 817, 826 BGB) die Meinung der Rechtsgemeinschaft zu erforschen, nicht aber sein eigenes Fürguthalten. Er könnte dabei zwar leicht und unbemerkt der Gesellschaft eine Wertung unterstellen, die sie nicht hat - leichter, als wenn das Gesetz einige Regeln der guten Sitten schon aufgezählt hätte. Man kann das aber nicht Freiheit nennen, wenn Irrtum oder gar Betrug möglich werden. Die falsche Ermittlung der ungesetzten Entscheidungsgrundlagen ist möglich - keineswegs aber steht sie dem Richter frei. Eine freiere Enttaltung gibt es nur insoweit, als jene - schwierige - Ermittlung dem Richter in außergewöhnlichem Maße erlaubt, seine guten Fähigkeiten arbeiten zu lassen.

Die außerrechtlichen Entscheidungsgrundlagen begründen keine Richterfreiheit, also kein 'freies' Recht. Sie sind ja überhaupt kein Recht, positives Recht [2], es sei denn, man bezeichnete auch nichtpositiviertes als Recht, wovon aus Gründen der Terminologie, zur Vermeidung irreführender Äquivokationen Abstand genommen werden soll. [3] Die Gesellschaft sieht sie nicht als Recht an, und damit ist ihre Außerrechtlichkeit auch außerhalb aller Bedürfnisse der Rechtswissenschaft geklärt. Eines ist indessen verständlich: Gegenüber dem überkommenen Glauben an die Suffizienz der Kodifikationen mußte eine Rechtsfindung nach außerrechtlichen Maßstäben als 'frei' erscheinen.

Das 'freie Recht' hat sich nach beiden Bestandteilen seines Namens als Fehlbegriff erwiesen: Was die Worte 'freies Recht' beschreiben, ist nicht vorhanden, und was die Freirechtler mit ihnen meinen, ist teils irrig und teils an anderer Stelle der Methodik zu suchen.

---

1) So z.B. Hellwig 2 III: "Der Richter ist an das Gesetz gebunden, aber bei der Frage, was sein Inhalt ist, hat er große Freiheit." Zustimmend Schell JurBl (Oest.) 1928/381.

2) Gmür 110.

3) Dazu o.S. 25.

Dasselbe Urteil trifft die Anwendung des freien Rechts - die freie Rechtsfindung: sowenig wie es das freie Recht gibt, kann nach ihm ein Urteil gefunden werden.

Die Rechtswissenschaft hat sich mit der freien Rechtsfindung nur wenig befaßt. Die Schöpfer und Verteidiger des Begriffs sind, zusammen mit einigen überscharfen Kritikern, schon zitiert. [1]

Die hier vertretene Auffassung - die den Begriff 'freie Rechtsfindung' vermeiden will, ohne seinen guten Hintergrund anzutasten - dürfte wohl Zustimmung finden bei Esser [2] und Zweigert [3].

Daneben gibt es eine Reihe von Äußerungen, denen zwar keine entschiedene Auffassung der Rechtsfindung zugrunde liegt, in denen aber nachdenkliches Unbehagen zum Ausdruck kommt. Noch ganz im Hintergrund ist es bei Düringer, der ja eigentlich auch ein Freirechtler war (und wohl nur durch den Weltanschauungsstreit mit E. Fuchs [4] vom offenen Bekenntnis abgehalten wurde) [5].

Der Zwiespältigkeit des Begriffs erliegt offen Sauer. [6] Unter Beifügung unklarer

---

1) Vgl. oben S. 126 f.

2) Esser spricht von der 'Illusion freier Richterrechtsbildung' (4/85) und N. 244.

3) Zweigert (3/385) bezeichnete es als irrig, daß der Richter bei der Lückenfüllung irgend freier wäre als bei der Auslegung der Norm.

4) Siehe oben S. 67.

5) Düringer (3/185) schreibt, die freie Rechtsfindung sei bereits ein Schlagwort geworden. Ihre unbedenklich zu bejahende Bedeutung sei das Streben nach einer "Rechtsprechung, die möglichst frei von formalen und doktrinären Schranken dem materiellen Recht, der als natürlich empfundenen und allgemein verstandenen Gerechtigkeit zum Siege verhelfen will. Das ist ein Postulat, ein Ideal, dem wir nachstreben sollen, ja müssen.
Sie ist nicht eine besondere neue Methode der Gesetzesauslegung, sondern das charakteristische Geprage einer Rechtsprechung, welcher unsre moderne Gesetzgebung den Weg geebnet hat und die sich als Folge unserer (mehr als früher) auf das Praktische, das wirtschaftlich Brauchbare gerichteten Lebensauffassung mit Notwendigkeit entwickelt und durchsetzt."

6) Sauer (1/131) schreibt:
"Das freie richterliche Ermessen entspricht der Wahrheit (?), dafür mangelt es aber an juristisch-logischer Exaktheit."

Beschränkungen bekennt sich auch Schönfeld zur freien Rechtsfindung. [1] Schönfeld nähert sich indessen der Vorstellung von der Gebundenheit aller, auch einer vermeintlich freien Rechtsfindung. [2] Der Gedanke von der Relativität zwischen Freiheit und Gebundenheit (sofern hier nicht - wie so häufig - nur die Vorstellung von einem 'graduellen' Übergang dahintersteckt) stimmt wohl überein mit den früheren Ausführungen über eine Bundesgenossenschaft von Gesetz und Freiheit. Wie sehr der Ausdruck 'freie Rechtsfindung' auf ein absurdes Verfahren hinweist, hat Stammler festgestellt. Indessen war Stammler - bei der Strenge der eigenen Sprache - nicht bereit, das von den Freirechtlern eigentlich Gemeinte zu verstehen. [4]

---

1) Schönfeld führt aus (1/52):
"Rechtsfindung ist notwendig freie Rechtsfindung, wobei das Maß der Freiheit verschieden groß sein kann.
Denn der Fall, welcher zu richten ist, verhält sich zum Recht, das ihn richtet, niemals wie die Art zur Gattung, ist also weder ihm zu subsumieren noch aus ihm zu deduzieren. Der Tatbestand des Mords etwa im StGB ist nicht die Gattung der wirklichen Fälle Mord. Vielmehr ist er die Art, die logische Bedingung aller möglichen und damit auch aller wirklichen Fälle Mord, in deren Eigenart er sich verwirklicht (?).
Wirklich sein heißt eigenartig, heißt typisch sein (?). Darum kann der Fall nie aus dem Gesetz deduziert werden, wie überhaupt das Wirkliche nicht aus dem Möglichen."

2) Das ergibt sich aus folgender Stelle: "Auch die sogenannte freie Rechtsfindung ist nicht Willkür, auch sie ist in den Strom der Geschichte gestellt, auch sie ist Selbstverwirklichung der Rechtsvernunft, wobei sich abermals zeigt, daß freie und gebundene Rechtsfindung und Gesetzgebung nicht im mindesten absolute, sondern nur relative Gegensätze sind, bezogen auf die Einheit der Positivität des Rechts, deren verschiedene Methoden sie sind" (1/53).

3) Siehe oben S. 77, 137.

4) Stammler (1/722 f.) fragt, ob eine objektive Richtigkeit (die doch hier gemeint ist) bei absoluter (unbedingter) Freigebung des Urteilens möglich sei.
"Da die Weise des Schließens absolut frei sein soll, so ist es ihr unmöglich, auf etwas anderes sich zu stützen als auf ein Verfahren, das ohne weitere Bedingung bereits irgendwem zukommt."
Das gibt es nicht.
"Die Vorstellung von einem wohl gefesteten Urteilen, das ohne eigene Erwägung und Schulung möglich wäre und schon von sich aus das Richtige treffen würde, ist ganz haltlos."

Ein Verständnis - und nicht bloße Verurteilung - findet sich bei Manigk, Heck und H. Lange. Manigk setzt die angeblich freie Rechtsschöpfung mit der teleologischen Auslegung gleich, wie sie schon immer geübt wurde. [1] Die Freirechtslehre erstrebte aber neben der richtigen Auslegungsweise auch das Zulassen eines Abweichens vom Gesetz und die Heranziehung außerrechtlicher Entscheidungsgrundlagen. Alle drei Dinge, insbesondere die 'teleologische' Auslegung, wurden zur Zeit des Auftretens der Lehre keineswegs schon seit je geübt. Wenn er sie auch nicht von vornherein verwarf, so traf Manigk doch an Verdienst und Fehlern der Freirechtslehre vorbei.

H. Lange schreibt (4/67):

> Man wird "für die Ausfüllung von Lücken stets gewisse Regelungsprinzipien der Rechtsordnung finden können, vor allem in den Grundrechten der Verfassung. Dann aber erübrigt sich der wenig glückliche Begriff der freien Rechtsfindung, die in Wirklichkeit stets gebundene Rechtsfindung ist, weil auch hier der Richter an die Prinzipien seiner Rechtsordnung gebunden bleibt."

Die Regelungsprinzipien der Rechtsordnung sind sehr allgemein gehalten und widersprechen sich in dieser allgemeinen Form nicht selten (z.B. Rechtssicherheit - Einzelgerechtigkeit; Typenzwang ((im Sachenrecht)) - Vertragsfreiheit). Man kann daher kaum einen Fall entscheiden, ohne zu Hilfe zu nehmen, was hier mit den 'außerrechtlichen Grundlagen' beschrieben worden ist.

Auch Heck kommt einer Sicht aus kritischem Verstehen sehr nahe (2/26):

> "Gebotsergänzung erfolgt durch mittelbaren Gesetzesinhalt und richtet sich nach den gesetzlichen Werten. Diese Gebotsergänzung ist eine gebundene, fortdauernd durch das Gesetz beeinflußte. Deshalb ist der Ausdruck freie Rechtsfindung ebensowenig passend wie die Bezeichnung 'judizieren sine lege' (Kantorowicz)."

Die Hecksche Interessenjurisprudenz bleibt zu sehr dem Gesetz verbunden; die außerrechtlichen Entscheidungsgrundlagen nennt sie 'mittelbaren Gesetzesinhalt' und nähert sich damit gefährlich der von Heck selbst glänzend beschriebenen sogenannten Inversionsmethode [2], wonach aus den wissenschaftlichen Begriffen Rechtsnormen gewonnen werden. Heck lehnt das zwar mit Recht ab, aber auch einen 'mittelbaren Gesetzesinhalt' wird man nur mit Hilfe begriffswissenschaftlicher Betrachtung feststellen können und hierbei manches Mal einer Deduktion aus Begriffen, eben der 'Inversionsmethode', unterliegen. Heck,

---

1) Manigk 2/488.

2) Siehe oben S. 19.

Stammler, Manigk und Lange stimmen indessen darin überein, daß es eine Freiheit der Rechtsfindung nicht geben kann.

Selten aber wird gesehen, welcher richtige Inhalt hinter den unsinnigen Worten steckt. Hätte die Freirechtslehre eine wissenschaftliche Beschreibung ihrer Absichten unternommen, so wäre die juristische Methodenlehre wahrscheinlich nicht in Fronten vordergründig formulierter Probleme erstarrt. Jener unbändige Ansturm hat unter den gelassenen Betrachtern seit je eine Abwehr hervorgerufen, die immer noch dazu beiträgt, den Mantel des Nicht-nennen-Dürfens über die bewegendsten Fragen der Rechtsfindung zu breiten.

# L E B E N S L A U F

Ich bin am 22. 12. 1935 in Koblenz geboren; meine Eltern sind Kurt Lautmann, Dipl. -Ing., und Sibylle Lautmann geb. Fischer. Von 1942 bis 1946 besuchte ich Volksschulen in Koblenz und Düsseldorf, von 1946 bis 1955 das Max-Planck-Gymnasium in Düsseldorf, wo ich das Reifezeugnis erhielt. Von 1955 bis 1959 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Bonn, Berlin, Köln und Würzburg. Dort legte ich 1959 die erste juristische Staatsprüfung ab. Anschließend stand ich im Vorbereitungsdienst in Würzburg, Berlin, Speyer und München. 1963 beendete ich die hier vorliegende Dissertation. 1964 legte ich in München die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seitdem studiere ich Soziologie an der Universität München.